

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

**Maestría Profesional en Derecho Penal**

**La injusticia de la penalización de la reincidencia como circunstancia  
agravante de la pena**

**Adriana Consuelo Monteros Campues**

**Tutor: Milton Román Márquez**

**Quito, 2019**





## **Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis**

Yo, Adriana Consuelo Monteros Campues, autora de la tesis titulada “La injusticia de la penalización de la reincidencia como circunstancia agravante de la pena”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

23 de julio de 2019

Firma: \_\_\_\_\_



## Resumen

La reincidencia, definida como el cometimiento de un nuevo delito por una persona que ha sido condenada anteriormente. Con la promulgación del Código Orgánico Integral Penal en el año 2014, adquiere una fuerte connotación punitiva como circunstancia agravante genérica de la pena, derivándose consecuencias jurídicas más severas para el nuevo delito. Tratamiento legal que, dentro de un Estado Constitucional de Derechos, genera un serio debate de constitucionalidad entorno a esta figura, por cuanto su operatividad en la práctica provocaría graves discordancias a la efectiva vigencia de garantías básicas limitativas del poder punitivo estatal. Medida que expone una eminente injusticia frente a los presupuestos de la mínima intervención penal, siendo los desfavorecidos socialmente, los más afectados.

Por ello, en esta investigación se realiza un estudio integral de la reincidencia, desde un enfoque jurídico, centrado en el análisis del tratamiento dado por el ordenamiento penal vigente frente a la efectividad de garantías constitucionales como: la igualdad, non bis in ídem, presunción de inocencia y proporcionalidad; así como también un estudio de los criterios que maneja la Jurisprudencia Internacional al respecto. Extendiéndose a un enfoque criminológico y social, a fin comprender de mejor manera su concepto, naturaleza y las principales causas al que respondería este fenómeno. Además, por ser la principal consecuencia jurídica de la reincidencia, el agravamiento de la nueva pena; se lleva a cabo un examen de las principales teorías de la pena, que sustentan la funcionalidad de esta institución dentro del sistema penal, que por un lado apoyan y por otro rechazan su penalización. Trabajo que ha permitido evidenciar, que el simple incremento de la pena para castigar la reincidencia, dentro de un sistema garantista de derechos, no es la medida más adecuada para resolver esta problemática, tomando en cuenta que son las propias condiciones carcelarias, las que imposibilitan una verdadera rehabilitación y reinserción social. Información teórica que se fortalece a través de entrevistas realizadas a actores del proceso penal, y sobre todo a personas reincidentes, acerca de la realidad operativa de esta figura jurídica en base a sus perspectivas, experiencias y vivencias.

**Palabras Claves:** reincidencia, principios constitucionales, circunstancia agravante, pena, garantismo penal, rehabilitación social, reinserción.



## **Agradecimientos**

Agradezco a Dios por ser mi guía y soporte para la construcción y realización de todos mis sueños; a mi amada familia por el apoyo incondicional que me han brindado a lo largo de mi vida, en todos los retos que me he propuesto, impulsándome siempre a ser mejor. A mis amigas y amigos, colegas del Derecho, que se han involucrado con mi investigación, prestándome en todo momento colaboración y conocimientos para el desarrollo y conclusión con éxito del presente trabajo.





## Tabla de contenidos

<i>Abreviaturas</i> .....	11
<i>Introducción</i> .....	13
<i>Capítulo Primero: Conceptualización de la figura de la reincidencia</i> .....	17
<b>1. La reincidencia en un breve contexto histórico</b> .....	17
<b>2. La reincidencia dentro del ámbito jurídico</b> .....	18
2.1 Elementos Normativos .....	20
<b>3. La reincidencia desde el ámbito criminológico</b> .....	22
<b>4. La reincidencia desde la sociología</b> .....	25
<b>5. Funcionalidad sobre la determinación de la pena y sus efectos</b> .....	27
5.1. Desde la perspectiva del punitivismo penal .....	32
5.2. Desde la perspectiva de garantismo penal.....	34
<i>Capítulo Segundo: La reincidencia en la realidad jurídica del Ecuador y su posición frente a los principios constitucionales</i> .....	37
<b>1. Desarrollo de la reincidencia en el ordenamiento jurídico penal</b> .....	37
<b>2. Posicionamiento de la reincidente ante los principios y garantías básicas del debido proceso reconocido constitucionalmente</b> .....	45
2.1. Principio de Igualdad .....	45
2.2. Garantía de la Presunción de inocencia.....	51
2.3. Principio del Non bis ídem (Prohibición de doble juzgamiento) .....	56
2.4. Principio de Proporcionalidad de la pena.....	61
<i>Capítulo Tercero: Estudio de la reincidencia y su etiología</i> .....	67
<b>1. Estructura de la reincidencia y sus formas</b> .....	67
<b>2. Principales causas de la reincidencia</b> .....	69
2.1. Factores Sociales .....	70
2.2. Factores Patológicos.....	75
2.3. Factores Psicológicos .....	78
2.4. Factores Penitenciarios.....	80

<b>3. El papel de la rehabilitación y sus falencias en la realidad ecuatoriana.....</b>	<b>81</b>
<b>4. Programas de reinserción social, debilidades.....</b>	<b>90</b>
<i>Conclusiones y recomendaciones .....</i>	<i>97</i>
<i>Bibliografía .....</i>	<i>101</i>

## **Abreviaturas**

**CADH.-** Convención Americana de Derechos Humanos.

**CIDH.-** Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**COIP.-** Código Orgánico Integral Penal.

**CRE.** - Constitución de la República del Ecuador.

**CRS.-** Centro de Rehabilitación Social.

**PIDCP.-** Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

**SNAI.-** Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores.



## Introducción

Tras la expedición de la Constitución de la República en el año 2008, se instaura en el Ecuador, un sistema garantista de derechos que promueve la mínima intervención penal para la solución de los conflictos sociales. Sin embargo, en lo que se refiere a la reincidencia, objeto de esta investigación; contemplada como: “la comisión de un nuevo delito por parte de la persona que fue declarada culpable mediante sentencia ejecutoriada”<sup>1</sup>; esta institución se posiciona peligrosamente según el artículo 57 del Código Orgánico Integral Penal, como un instrumento de punibilidad agravada, que empeora de manera drástica la situación jurídica de las personas procesadas, garantizándoles penas prolongadas de encierro, que no han logrado prevenir el delito.

Tratamiento jurídico que, desde un concepto integral, dentro de un Estado democrático, de derechos y de justicia social; resulta cuestionable. Por cuanto, a pesar de la frecuencia con la que este problema se presenta en la sociedad; continuar tratándola como una simple institución del Derecho Penal, en la práctica ha significado únicamente la habilitación del poder punitivo en exceso. Situación que motiva a realizar una investigación de tipo cualitativa sobre la reincidencia a fin de ampliar el conocimiento sobre su conceptualización, clasificación, características y aplicación normativa. Todo esto, con el objeto de demostrar si el endurecimiento penal ¿es o no? el medio más efectivo para enfrentar este fenómeno y si es compatible con los presupuestos de un Estado Constitucional de Derechos, en el cual, las garantías básicas que frenan la irracionalidad del poder punitivo, son inviolables.

Por ello, en el presente trabajo investigativo se realiza un estudio a profundidad de la figura de la reincidencia, desde varios enfoques como: el jurídico, criminológico y social, con un alcance descriptivo que permita comprender de mejor manera su naturaleza, en la que intervienen una serie de factores, sean estos: sociales, económicos, políticos y psicológicos; y, que no se resuelven únicamente a través de medidas penales. Factores en los que tiene mucha responsabilidad el propio Estado, principalmente en lo referente al eminente fracaso del fin rehabilitador de la pena, debido a las condiciones

---

<sup>1</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 57. En adelante se cita este Código como COIP.

degradantes, indignas y de extrema violencia propias de las cárceles del país, que lejos de solucionar el problema de la recaída criminal, han terminado por acentuar las injusticias sociales a las que han sido sometidas las personas con antecedentes penales. Reproduciendo en los reclusos, una experiencia negativa con efectos irreversibles; logrando con el encierro desproporcionado, la degeneración de la personalidad del individuo que le imposibilita reincorporarse a la sociedad como un ente productivo. Realidad que llevaría al sacrificio injusto e inútil de los derechos y garantías constitucionales de los más débiles y olvidados por el propio Estado.

Por otra parte, centrándonos al ámbito jurídico penal vigente, se realiza una investigación que va más allá del mero estudio hermenéutico de lo que contempla la norma penal al respecto, llevándose a cabo, un análisis de la reincidencia desde dos tendencias fundamentales del Derecho: por un lado, el punitivismo penal y del otro lado el garantismo penal; y su influencia dogmática para el desarrollo de los presupuestos que el Código Orgánico Integral Penal, maneja para el tratamiento jurídico aplicable al reincidente; para lo cual se utilizó el método analítico-sintético. Así también mediante la técnica de análisis documental, se realizó un examen detallado sobre el posicionamiento de la reincidencia como circunstancia genérica agravante de la pena contemplada en el COIP y las consecuencias jurídicas que representa a las garantías básicas del debido proceso, reconocidas en la Constitución de la República como: la igualdad, la presunción de inocencia, el non bis ídem y proporcionalidad, ampliándose al análisis comparativo de criterios proporcionados por la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Perú y Colombia, que le han dedicado un mayor estudio al tema de la reincidencia.

Con el propósito de fortalecer el conocimiento teórico de esta investigación, en el ámbito de campo, se utilizó la técnica de entrevista: 1) con actores principales que intervienen en el proceso penal (Fiscales y Jueces de lo Penal) a fin de conocer sus perspectivas entorno al tratamiento jurídico de la reincidencia desde el rol que desenvuelven y su experiencia procesal y 2) con el Coordinador de Régimen Cerrado de la Secretaría Nacional de Atención a personas privadas de la libertad (SNAI), sobre la situación actual del sistema penitenciario y los programas de rehabilitación y reinserción que existen en el país, tomando en cuenta la influencia de los factores penitenciarios para la presencia de conductas reincidentes. Entrevistas realizadas en base a un cuestionario compuesto de preguntas de apertura y focalizadas, debidamente validadas por expertos en el tema. Complementándose este trabajo, dentro del marco criminológico-social, a través de la técnica de relatos de vida de personas reincidentes que participaron en la

investigación, y que aportaron con información sustancial acerca de las motivaciones que los han llevado a la recaída en delito, a partir de sus vivencias. Siendo, sin embargo, esto un verdadero desafío, debido a la escasa información y registros de casos de reincidencia.

De este modo, la presente investigación busca establecer un referente en el cual se denote la complejidad del concepto de la reincidencia que requiere un tratamiento multidisciplinario para identificar todos los aspectos que caracterizan esta institución. Exaltando en la actualidad, la importancia de un estudio criminológico de la reincidencia, del levantamiento de estadísticas sobre el problema, del fortalecimiento de programas de rehabilitación y sobre todo de reinserción social para los ex privados de libertad. De forma que permita a las autoridades estatales desprenderse de tendencias punitivistas, para enfrentar esta problemática. Medidas de punición agravada que conforme a los aportes doctrinarios, jurídicos, jurisprudenciales y de casos prácticos estudiados en el presente trabajo, demuestran que, dentro de un Estado garantista de los derechos, representa un auténtico conflicto a la vigencia de garantías constitucionales.

Por ello, este trabajo investigativo se organiza en tres capítulos de forma sistemática que responden a los objetivos planteados en la investigación. En el capítulo primero se expone una breve reseña histórica de la reincidencia, para adentrarse en el estudio de la conceptualización de esta institución, desde el ámbito jurídico, criminológico y social. Además, se establece un análisis sobre la funcionalidad de la reincidencia en el sistema penal acorde a los presupuestos de las principales teorías de la pena. El capítulo segundo, contiene un estudio del desarrollo normativo de la reincidencia en el Derecho penal ecuatoriano. Así también se realiza un análisis minucioso de la operatividad jurídica de esta figura frente a la vigencia formal y material de derechos y principios básicos reconocidos en la Constitución de la República, como: el de Igualdad, Presunción de Inocencia, Non bis ídem, y el de proporcionalidad de la pena, que buscan frenar las arbitrariedades punitivas. A continuación, en el capítulo tercero, desde una perspectiva criminológica-social, se lleva a cabo un estudio sobre la etiología de la reincidencia, que permite identificar las formas en que esta figura se desenvuelve y los principales factores sociales, patológicos y penitenciarios que estarían influyendo en la problemática, para lo cual se ha contado con los relatos de vida de personas reincidentes en delitos de tráfico de drogas. Y por la importancia de los factores penitenciarios en la construcción de conductas reincidentes, se realiza un examen de la situación actual del sistema de rehabilitación social y de reinserción del país y sus falencias. Finalmente se establecen las conclusiones y recomendaciones a las que hemos arribado en este trabajo.





## Capítulo Primero

### Conceptualización de la figura de la reincidencia

#### 1. La reincidencia en un breve contexto histórico

La reincidencia, entendida como la recaída criminal que ponía en serio riesgo la vigencia del pacto social, es una institución que ha estado presente desde tiempos remotos, pero de forma ciertamente incipiente, toda vez que, en la antigüedad por un lado no existían registros, y por otro como castigo, primaban las penas de muerte y que evidentemente reducían las posibilidades de reiteración en el delito.<sup>2</sup> Situación que, según Martínez de Zamora, de a poco se iría superando con la implementación de sistemas precarios de registro de los actos reincidentes. Hecho con el cual, esta figura adquiere relevancia penal, motivando a las autoridades a determinar para estos casos, castigos más severos.<sup>3</sup>

Así también Martínez señala que se habría hecho referencia a la reincidencia a partir de Leyes de Manú, que disponían: “El rey castiga primero con la simple amonestación, después con severos reproches, la tercera vez con multa, finalmente con la pena corporal y cuando tampoco con castigos corporales el rey consiga frenar a los culpables, les aplicará las cuatro penas de una vez”<sup>4</sup>. Según el estudio del mismo autor, en el Levítico, aparece el agravamiento de las penas para los casos en los que se insistía en la desobediencia de los mandatos divinos, pues se creía que la ley provenía de Dios,<sup>5</sup> y; por ende, su transgresión significaba una gravísima ofensa. Para el Derecho Canónico, según Manzini, la reincidencia se aplicaría únicamente para delitos graves como la herejía y el concubinato.<sup>6</sup>

En el Derecho Romano, de acuerdo con este tratadista, la reincidencia se incluye de manera simple, tomándose en cuenta principalmente la reincidencia específica, en la cual lo fundamental es la identidad de la infracción. Mientras que la reincidencia genérica

---

<sup>2</sup> Antonio Martínez de Zamora, *La reincidencia* (España: Universidad de Murcia, 1971), 16.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> Ibid., 17.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> Manzini Vincenzo, *La recidiva*, pág. 129 *ibid.*, 18.

era aplicada únicamente en ciertos casos, dejándose la punibilidad a criterio de los magistrados, sin que exista posibilidad de perdón en caso de comprobarse que el individuo es reincidente.<sup>7</sup> Curiosamente como afirma Martínez en su obra “La reincidencia”, en el Derecho Germano, la figura de reincidente no existe o por lo menos no hay registros fidedignos como tal.<sup>8</sup> No obstante, más adelante las leyes penales empezarían gradualmente a desarrollar el concepto de reincidencia, especialmente en lo que respecta a los delitos que afectan derechos patrimoniales, como son el robo y hurto

Avanzando en el análisis sobre la reincidencia, señala Martínez, que propiamente se reconoce, como un agravante general aplicable a cualquier clase de delitos, cuando se dicta el Código Penal Francés en el año 1810.<sup>9</sup> Adopción legal que vendría a ser una inspiración para la promulgación de los distintos Códigos Penales, que contemplarían normativamente en adelante de modo más claro, la figura jurídica de la reiteración delictiva o reincidencia. Estableciéndose para el siglo XIX, una concepción más precisa sobre esta institución, que es objeto de una sanción penal, y que dependiendo del delito y números de recaídas vendría ciertamente a ser más vigorosa.

## **2. La reincidencia dentro del ámbito jurídico**

La reincidencia por lo general ha sido considerada como una institución jurídica, consistente en la pluralidad de conductas delictivas cometidas por una misma persona que ha sido sentenciada anteriormente, situación que lleva a endurecer la nueva pena. Según María Cristina Giannini, para el Derecho, la figura de la reincidencia, se define como: “un estado individual determinado por la pluralidad de delitos sucesivos, cometidos por una misma persona, todos irrevocablemente juzgados.”<sup>10</sup> El concepto jurídico de la reincidencia penal, de acuerdo a la doctrina parte de su origen etimológico que proviene del latín, compuesto por el prefijo “re” y “incidere”, que se traduce en términos usuales como repetición, por lo que dentro del área del Derecho penal, significaría la repetición de un comportamiento ilícito.

---

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Ibid., 19.

<sup>10</sup> María Cristina Giannini, “La reincidencia y las carreras criminales”, en *Derecho Penal y Modernidad*, ed. Luis Miguel Reina Alfaro (Lima: ARA, 2010), 513.

Los aspectos fundamentales que se logra extraer de la definición legal expuesta; son los elementos que componen esta institución jurídica. Estos elementos son: a) la pluralidad de delitos, b) el sujeto que los comete y c) la existencia de una condena precedente. Presupuestos básicos, cuya presencia es importante para la configuración de una conducta reincidente con efectos jurídicos dentro del sistema penal. Y que, a su vez, permitirán a los operadores de justicia sostener una diferenciación con otras instituciones jurídicas del Derecho Penal, cuyo tratamiento legal, obviamente es distinto al de la reincidencia.

Las distinciones constitutivas con otras figuras jurídicas penales se exponen de manera esquematizada a continuación:

Cuadro 1.

**Diferenciación entre figuras jurídicas con pluralidad de hechos delictivos**

<b>Figura Jurídica</b>	<b>Concepto</b>	<b>Tratamiento legal</b>
<b>Concurso Ideal</b>	Realización de varios delitos por una persona a través de una conducta antijurídica.	Se impone una sanción por el delito más grave. Absorción de pena.
<b>Concurso real</b>	Varios delitos autónomos cometidos por una persona.	Se juzga y sanciona por los delitos cometidos. Acumulación de penas.
<b>Delito conexo</b>	Realización de varios delitos en los cuales unos son el medio para llegar al delito fin u ocultar la consumación de un ilícito.	Se sanciona con la pena más grave pudiendo ser agravada.
<b>Delito Continuado</b>	Pluralidad de acciones típicas, ejecutadas por un sujeto, en un periodo de tiempo para llegar a un resultado como delito único.	Se aplicación una sanción a la concreción del delito único.

Fuente: Código Orgánico Integral Penal

Elaborado: Adriana Monteros

De acuerdo a las especificaciones de la tabla que antecede, si bien es cierto, se denota en las distintas instituciones jurídicas contenidas, el elemento relacionado a la pluralidad de tipos penales por un mismo individuo. El Elemento que distingue otras figuras de la reincidencia son “la existencia de una o varias sentencias penales de condena interpuestas entre los varios delitos”<sup>11</sup>, como presupuesto indispensable, para que

<sup>11</sup> Martínez de Zamora, *La Reincidencia*, 12.

adquiera significación jurídica penal y por ende sea objeto de un castigo riguroso por su connotación lesiva.

## 2.1 Elementos Normativos

### a) La Pluralidad de tipos penales

De acuerdo a este elemento, la reincidencia requiere del cometimiento de varios delitos. Es decir, en algunos casos la reincidencia se configura como objeto del Derecho Penal, únicamente en función del número de delitos que se requiere se cometan, pero en otros casos, a la condición de pluralidad de los delitos se suma el presupuesto de tipo o categoría de la infracción. Estableciéndose de este modo, la primera clasificación en: reincidencia general y específica.

Para García Falconí, existe reincidencia genérica o impropia, cuando se vuelve a cometer cualquier ilícito sin importar su naturaleza.<sup>12</sup> En este tipo de reincidencia el aspecto principal para que esta sea relevante para las normas penales y sea objeto de sanciones previstas por las mismas, se concentra en la cantidad de infracciones cometidas. Así también, al valorar el elemento de pluralidad para algunas legislaciones se configura con una segunda infracción, pero en otras, como Estados Unidos para que se considere reincidente, según la conocida doctrina Three strikes, debe perpetuarse una tercera acción delictiva, la cual debe ser grave y violenta. Este tipo de reincidencia dentro del Derecho penal garantizaba la imposición de fuertes castigos como expresión máxima del poder punitivo del Monarca, ante ciertos tipos penales. Resultando la intervención del derecho penal y su coacción sumamente peligrosa y desbordada, toda vez que no hace ninguna diferenciación entre uno y otro delito.

La reincidencia específica, o denominada como propia; surge cuando se comete un nuevo ilícito, pero éste necesariamente debe ser idéntico al anterior por el cual fue condenado.<sup>13</sup> Es decir, en este tipo de reincidencia el hecho delictivo posterior debe ser de la misma categoría o género al anterior. De algún modo, aquí se estaría frenando la irracionalidad del sistema punitivo. Por cuanto, en este caso para verificar su configuración y que surta efectos jurídicos, se requiere hacer un análisis previo en el cual

---

<sup>12</sup> José García Falconi, “Reincidencia Penal”, *Derecho Ecuador*, 28 de febrero de 2012, En: <https://www.derechoecuador.com/reincidencia-penal>.

<sup>13</sup> Ibid.

se tenga en cuenta la diferenciación entre delitos dolosos y culposos, entre delitos de acción pública y privada. Ya que, de presentarse el cometimiento de delitos distintos, no estaríamos frente a una cuestión de reincidencia y por ende no podría ser objeto de un juzgamiento y mucho menos de una sanción.

**b) Sobre la identidad de la persona**

Este punto hace referencia a la existencia de un sujeto único en la perpetración de delitos. Identidad del sujeto que representa un elemento fundamental de la reincidencia, a tal punto que como señala Antonio Martínez: “El examen del sujeto impondrá la determinación de hasta qué punto es la reincidencia una cualidad o condición del individuo; si éste es un tipo de autor; y, en definitiva, servirá de ayuda para explicar el fundamento natural de la reincidencia sobre el presupuesto de la posición sicológica del delincuente antes de la recaída.”<sup>14</sup>

La reincidencia en razón del sujeto, se centra en el delincuente como una persona anormal que no puede vivir en sociedad, ya que de acuerdo a los postulados de la escuela positiva, la maldad de la persona es innata, ya sea por condiciones morfológicas o biológicas como lo defendía Lombroso. Pero, ratificar esta posición que se dirige a la valoración de la personalidad de la persona por el cometimiento de varios delitos, produce en el Derecho penal contemporáneo, un retroceso que reaviva el criterio ambiguo de la peligrosidad, como fundamento principal para la imposición de medidas o penas acumulativas, descuidando que la responsabilidad penal se determina en razón de los *actos* de la persona y no de las condiciones personales, que el Derecho penal de autor ha quedado atrás.

**c) La existencia de una condena precedente**

La condena representa el juicio de reproche concretado en una sentencia que declara la culpabilidad o inocencia de un individuo, sobre un acto delictivo y su grado de participación. Por ende, constituye un elemento esencial y formal dotado de carácter sustancial para la configuración final de la institución de la reincidencia y la procedencia de consecuencias legales con el consiguiente endurecimiento de la pena o restricción de medidas alternativas, beneficios penitenciarios, entre otras. Considerándose de este modo, “legalmente reincidente aquel, que luego de haber sido ya condenado, es nuevamente juzgado.”<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Martínez de Zamora, *La Reincidencia*, 17.

<sup>15</sup> Giannini, “La reincidencia y las carreras criminales”, 514.

Sobre este aspecto, es importante exaltar que el principio de la cosa juzgada se estaría aplicando como presupuesto para agravar la nueva pena que se le atribuya, descuidando los efectos de este principio que impiden la doble punición. Pretendiendo revivir en la nueva condena, efectos de hechos ya evaluados y juzgados precedentemente. Es decir, mantiene los efectos jurídicos de una condena de forma perpetua ocasionando una incertidumbre jurídica a la persona que la llevará de por vida como un estigma.

A partir de este elemento sustancial para la reincidencia se determina una nueva clasificación de esta figura jurídica; en: real y ficta. Existe reincidencia real cuando el infractor vuelve a cometer una acción típica después de haber cumplido con su condena. Mientras que en la reincidencia ficta la condena dictada no necesariamente ha sido cumplida. Aun cuando el aspecto de la temporalidad no se encuentra presente en la definición jurídica de la reincidencia, doctrinariamente se ha establecido una tercera clasificación en razón de este elemento, distinguiéndose entre permanente y temporal. Reincidencia permanente es aquella en la que la ley no señala un término para que esta se configure, por tanto puede ser perpetua. En cambio, en la reincidencia temporal para que la persona pueda ser considerada reincidente se establece legalmente un plazo en el que se debería cometerse un nuevo delito.<sup>16</sup> Ya que concluido este ya no operaría la figura de reincidencia y la condena anterior ya no tiene ningún efecto.

### **3. La reincidencia desde el ámbito criminológico**

La reincidencia para la criminología representa un panorama amplio, que se proyecta más allá de la definición tradicional. “El interés del criminólogo se concentra en la realidad del hecho de la recaída en delito luego de una condena anterior y se esfuerza por aislar las razones de los fracasos de los métodos penitenciarios”<sup>17</sup> La criminología como ciencia interdisciplinaria que estudia el delito y todo el contexto que lo rodea para su cometimiento. Al enfocarse en la reincidencia no solo se concentra en la mera repetición de delitos, sino que incluye otros factores que la generan e incrementan, tales como: “número, género, gravedad del delito, edad, sexo, condición psicológica del del criminal”<sup>18</sup> entorno, víctimas, etc.

---

<sup>16</sup> Ibid., 515.

<sup>17</sup> Ibid., 516.

<sup>18</sup> Ibid.

Por ello para la criminología, reincidente es: “aquel que, habiendo sido objeto de una condena precedente, después comete un delito, sea o no este último descubierto.”<sup>19</sup> Con lo cual se denota que la existencia de condenas anteriores no constituye un elemento principal del fenómeno, como sí sucede en el ámbito jurídico. El elemento sustancial que se exalta en el marco criminológico es el concepto de la habitualidad; es decir, aquella repetición de actos delictivos como una costumbre. Centrándose en el delincuente habitual, como aquella persona que “por la comisión reiterada de hechos delictivos se ha creado un hábito de delinquir”<sup>20</sup> Esta habitualidad se comprende que se configura tras varios hechos delictivos en un espacio de tiempo determinado, sea que, entre estos, algunos hayan sido juzgados y condenados y otros permanezcan impunes.

El estudio criminológico se orienta hacia una investigación etiológica de la reincidencia, dotando de importancia la relación con el ámbito penitenciario, su funcionamiento y efectividad para la protección de derechos de los internos y su rehabilitación efectiva, de tal forma que garantice la seguridad ciudadana. Desde las teorías de la etiología de la reincidencia se logra identificar las formas en la que se presenta la reincidencia, cuyo desenvolvimiento y efectos dañosos son distintos acorde a la tipología del fenómeno.

El problema de la reincidencia, en definitiva se presenta dependiendo de la singularidad de cada caso, como una verdadera carrera criminal o como simples manifestaciones de delinquentes habituales para delinquir. Siendo indispensable que lo jurídico, logre identificar esta particularidad a fin de que pueda establecer un tratamiento singularizado, que no es el mismo para un caso de reincidencia guiada por las necesidades, impulsos, falta de comprensión de la ilicitud de los hechos, que los casos de reincidencia como una carrera criminal, con potencial enorme en el delito, que implica la preparación constante y mejoramiento de técnicas y procedimientos para delinquir, dificultando la persecución penal; que no logrará resolver con la sola imposición de una pena, por cuanto muchas veces estos casos quedan impunes.

El tema psicológico de la persona, desde el enfoque criminológico, es otro factor relevante en la reincidencia, así el abandono entendido como “una deformación emotiva,

---

<sup>19</sup> *Ibíd.*

<sup>20</sup> Iván Augusto Grassi, *La problemática de la reincidencia en el derecho penal actual*, En: <http://www3.jussanjuan.gov.ar/escuelajudicial/index.php/publicaciones/53-i-seminario-de-actualizacion-y-capacitacion-/404-la-problematica-de-la-reincidencia-en-el-derecho-penal-actual>, fecha de acceso 22 de enero de 2019, 17:00.

en una incapacidad de afecto y en un desarrollo tardío de la inteligencia”<sup>21</sup>, es lo que en la mayoría de los casos le lleva a desarrollar en el individuo problemas de personalidad que pueden desencadenar repetición compulsiva y falta de responsabilidad de sus actos, lo cual no se soluciona con medidas penales.

Siendo así la intervención de la criminología indispensable para una comprensión integral de la conducta criminal, que establezcan desde la contextualización de la reincidencia; ¿la apropiada o no?, intervención del derecho penal con su severidad o la aplicación de medidas de seguridad alternativas que permitan enfrentar esta problemática correctamente. Impulsando la construcción de nuevos criterios o procedimientos de solución de la reincidencia, que implica soluciones reeducativas, sociales e incluso médicas y no meramente normativas a través de las instituciones cerradas de control, que lo que hacen es empeorar el problema de violencia y criminalidad.

En definitiva, la reincidencia como fenómeno criminológico no puede continuar siendo tratada únicamente por el Derecho Penal, su tratamiento debe extenderse a los valores del sistema penitenciario que implica “[...]graves connotaciones ya que el hacinamiento, las malas condiciones en que viven los reclusos, las falencias en los programas de resocialización dan pie a que dentro de ellas mismas se propicie la delincuencia”<sup>22</sup>.

Factores carcelarios que exigen atención del Estado con una visión integradora que fortalezca políticas de rehabilitación que mejore el tratamiento psicológico, las actividades laborales o de oficio, educativas, de relacionamiento familiar, de salud, recreación, alimentación, entre otras, a fin de que el condenado puede readaptar su comportamiento, comprender las consecuencias del cometimiento de un delito y una vez que cumpla su pena, logre obtener las oportunidades suficientes que le faciliten reinsertarse como un ente productivo capaz de progresar sin regresar al crimen. Por ello desde el área del sistema penitenciario, reincidente es “aquel que se encuentra en prisión luego de haberlo estado ya, en ambos casos condenado por la comisión de un delito.”<sup>23</sup> Situación que refleja de un modo tan claro el rotundo fracaso de la sanción penal de privación de la libertad.

---

<sup>21</sup> *Ibíd.*, 519

<sup>22</sup> María Fernanda Ossa López, *La cárcel en Colombia. Espacio para la venganza y la reincidencia*. (Bogotá: Unaula, 2016), 11.

<sup>23</sup> Giannini, “La reincidencia y las carreras criminales”, 515.



#### 4. La reincidencia desde la sociología

La sociología constituye una disciplina fundamental que se centra en el estudio de las relaciones humanas, su funcionamiento y transformaciones, que serán determinantes para el establecimiento de un marco normativo de control y organización social. A fin de que los Estados puedan promulgar normas apropiadas y justas, en la que se tutele los derechos e intereses de la comunidad, es preciso la intervención de esta rama de estudio frente a la ejecución del derecho, considerado este último como un medio para regular, pero sobre todo garantizar la convivencia social.

Toda sociedad como presupuesto de existencia y desarrollo social, crea una serie de reglas de comportamiento para sus integrantes; sin embargo, en muchas ocasiones se presentan situaciones en las que una persona o grupo de personas suele apartarse del ordenamiento impuesto. Al apartarse de las normas, estas personas son vistas según Howard Becker, como marginales y en el peor de los casos como enemigos sociales. Por lo que el infractor de las reglas pasa a ser considerado “un tipo de persona especial, como alguien incapaz de vivir según las normas acordadas por el grupo y que o merece confianza.”<sup>24</sup>.

Pero sucede que el Estado suele preocuparse únicamente por la vigencia de la norma, descuidando las condiciones personales, sociales y económicas que rodean a determinado comportamiento o acto. Falta de atención que se muestra con la inconformidad, como el primer paso para la desviación, que se concretará en un acto contrario al ordenamiento impuesto, porque este le causa perjuicios o no se preocupa por sus necesidades.<sup>25</sup> Es así, que desde de una teoría sociológica, en las motivaciones desviadas lo relevante no es el simple incumplimiento de una norma, sino la búsqueda e identificación de las “fuentes de “tensión” socialmente estructuradas, lugares en la sociedad que entrañan exigencias conflictivas que hacen que el individuo busque una manera ilegítima de resolver los problemas que su lugar en la sociedad le presenta”<sup>26</sup>.

De acuerdo con la teoría de anomía de Robert K. Merton, la conducta divergente o anómala no se determina en la individualidad de la persona. La desviación se presenta como un síntoma del distanciamiento entre los valores culturales, integrados por los

---

<sup>24</sup> Howard Becker, *OUTSIDERS hacia una sociología de la desviación* (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014), 21.

<sup>25</sup> Ibid., 44.

<sup>26</sup> Becker, *OUTSIDERS hacia una sociología de la desviación*, 45.

ideales, metas, necesidades de cada individuo y los valores sociales estructurales para llegar a dichos objetivos. El problema se centra en la falta de eficiencia de la norma e instrumentos institucionalizados empleados para proteger y garantizar el cumplimiento las aspiraciones culturales.<sup>27</sup>

Las sociedades establecen a todos sus integrantes, como los llama Merton, valores culturales demasiado rígidos. Y exige a quienes están en las peores condiciones, por un lado, adaptar su conducta a la consecución de recursos, metas y objetivos; pero por otro les niegan las oportunidades y los medios para hacer efectivas dichas aspiraciones dentro de la legalidad. Por ende, “[l]a consecuencia de esa incongruencia estructural es una elevada proporción de conducta desviada”<sup>28</sup>

Por lo tanto, la delincuencia, como problema sociológico, denominada desviación, no es sino una creación de la sociedad, ya que son los propios grupos sociales los que determinan en función de sus intereses, del poder y de la política, que leyes aplicar y a que personas en particular etiquetar como “*desviados*”. Cargando contra estas, procesos de juzgamiento y castigo, para imponer a como dé lugar, las reglas de aquellos que generalmente se hallan en mejores condiciones de armas y dominio. Siendo así que “[l]a desviación no es una cualidad intrínseca al comportamiento en sí, sino la interacción entre la persona que actúa y aquellos que responden a su accionar”<sup>29</sup>, cuestiones que responden a procesos políticos de una sociedad.

La reincidencia en términos sociales, concebida como una carrera desviada, es aquella que se va conformando acorde a la interacción del individuo con otros individuos, acciones y entornos en los que se encuentre presente el crimen. Convivencia que lo va dotando de herramientas y conocimientos para cometer actos desviados de forma reiterativa. Conducta que se contradice con los preceptos instaurados por la sociedad, fortaleciéndose de este modo la representación de un estereotipo. Y que la comunidad reprocha a través de sus leyes, autoridades e instituciones de control, facultando la aplicación de procesos de coerción para separar al *malo* de lo que se considera por la comunidad como bueno.

En conclusión, la reincidencia acorde a Becker, se puede decir que, es una construcción criminal que se fortalece con la identificación y etiquetamiento público

---

<sup>27</sup> Robert K. Merton, *Teoría y Estructura Social* (México DF.: Fondo de Cultura Económica, 1992), 241.

<sup>28</sup> Robert K. Merton, "Estructura social y anomia", 225.

<sup>29</sup> Becker, *OUTSIDERS hacia una sociología de la desviación*, 34.

como antisocial, ya que expone un rechazo social, que acaba aislándolo de oportunidades legítimas o convencionales.<sup>30</sup> Procesos sociales que profundizan la desviación, al imponer sanciones sin llevar a cabo un estudio del ¿porqué de su accionar?, sino simplemente tratándoles bajo el criterio de marginalidad, entrando en una persecución creciente. Por lo que “[d]e esta manera, al ingresar en un grupo desviado organizado o institucionalizado, es más probable que el individuo continúe por el camino de su desviación”<sup>31</sup>

Toda vez que el hecho de establecer una etiqueta marca una significación negativa en la que se asegura que “la posesión de un rasgo desviado, puede tener un valor simbólico generalizado, de forma tal que la gente presupone automáticamente que su poseedor también tiene otros rasgos indeseables asociados”<sup>32</sup>. Iniciándose un proceso de etiquetamiento apoyado por los medios de comunicación, y en función del cual se formulan políticas criminales, se dictan las normas, se determina la actuación de las autoridades, se llevan a cabo las investigaciones de los policías, y se dirigen los procesos de juzgamiento.

En el presente, con el apoyo de las perspectivas sociológicas se denota que el mero tratamiento jurídico, a través del Derecho Penal, para enfrentar el problema de la reincidencia a través del incremento de penas de prisión es insuficiente. Esta política estatal no refleja la realidad del hecho y garantiza la disminución de oportunidades al infractor para desarrollar una vida normal, tras haber cumplido una condena. Cuya consecuencia inmediata a esto medida, será el desarrollo de actividades ilícitas como disyuntiva para la satisfacción de sus necesidades, ratificando la pena el incremento de la injusticia e inequidad social.

## **5. Funcionalidad sobre la determinación de la pena y sus efectos**

La reincidencia como institución propia del Derecho Penal tiene una significación importante en el sistema penal, ya que su incidencia y configuración, influye directamente en la graduación de las penas. Como manifestación de la represión punitiva del Estado para sancionar a quienes se han apartado de la ley con su conducta, rompiendo la armonía social y afectando los intereses de la organización social. De esta manera, a la reincidencia

---

<sup>30</sup> Ibid., 52.

<sup>31</sup> Ibid., 57.

<sup>32</sup> Ibid., 52.

desde su concepto general se le ha otorgado un tratamiento abstracto, apoyándose en el incremento de las penas contenidas en los ordenamientos penales, empleando la prisión como pena principal para enfrentarla.

Para efectos de una mejor comprensión es preciso remitirnos brevemente al concepto de la pena. La cual jurídicamente se define como la consecuencia jurídica al cometimiento de un delito,<sup>33</sup> representando un castigo para aquella persona que actuó de forma ilícita. Y que implica “desde el punto de vista material, una severa intromisión del Estado en los derechos de sus ciudadanos, una disminución de sus bienes jurídicos o una grave perturbación en su libre goce.”<sup>34</sup>

Por ello, la pena dentro de una visión social, es el reproche de la sociedad frente a ciertas conductas inmorales de los individuos. Manifestación de desacuerdo que se impone a través de juicios de desvalor en base a patrones morales que rigen cada sociedad. Procedimientos de desaprobación social que generan rechazo estigmatizándolo sin importar que exista o no, una afirmación formal de su imposición. Es así como, la pena pasa a desenvolver un fin simbólico para rechazar ciertos hechos, que la comunidad considera desapropiados e indignos en una sociedad civilizada y que, si sucedieron una vez, no pueden volver a cometerse, por tanto, se requiere aplicar las medidas que se consideren necesarias para impedirlo y conservar la paz.

En definitiva, considerando a la pena como un castigo que se impone para sancionar al infractor, y que debe ser adecuada para evitar que se altere el orden social. Muchos Estados, entre ellos el nuestro, han optado por el endurecimiento de la pena como principal medida para afrontar el problema de la reincidencia. De este modo, la punibilidad de esta institución jurídica adquiere una connotación propia que se construye dependiendo de los argumentos que defienden las distintas teorías de la pena, y que tratamos a continuación:

**a) Teoría Absoluta de la Retribución.** – Acorde a esta teoría, cuyos exponentes centrales son Kant y Hegel, se “sostiene que el sentido de la pena radica en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal.”<sup>35</sup> Es así que, según Baumann, el mal causado por un delito queda saldado con el mal que implica

---

<sup>33</sup> COIP, art. 51.

<sup>34</sup> Luis M García, *Reincidencia y punibilidad* (Buenos Aires: Astrea, 1992).

<sup>35</sup> Roxin, *Sinn und Grenzen staatlicher*, en *Juristische Schulung*, (1966), 377, citado por García, *Reincidencia y Punibilidad*, (Buenos Aires: Astrea Editorial, 1992), 18.

una sanción. Kant, defiende que la pena tiene su fundamento en sí misma, mas no en sus fines, de tal forma que la pena aun cuando no sea necesaria y útil para el bienestar de la sociedad, igual debe ser impuesta por el solo hecho de haberse cometido un ilícito, con lo cual se legitima la pena como justa.<sup>36</sup> La culpabilidad en este punto juega un papel fundamental para establecer la pena y la medida en que esta se impondrá. Y al considerarse que en los casos de reincidencia la culpabilidad del sujeto es mayor, lo más justo desde esta posición teórica, es que la sanción sea más grave, sin importar la dignidad y libertades de la persona condenada.

Según estos postulados el ejercicio agravado del poder punitivo del Estado se encuentra totalmente justificado. Marcando en lo empírico un margen de discrecionalidad que “constituye un peligro práctico, pues da un cheque en blanco al legislador para que incluya a su gusto y discreción los comportamientos que deben penarse”<sup>37</sup>. La punibilidad agravada de la reincidencia, según el retribucionismo es totalmente legítima para alcanzar la justicia, sin que sea importante tomar en cuenta las motivaciones que le llevaron al delincuente a recaer en el delito y si su sanción resulta o no necesaria. Convirtiéndose el Derecho penal en una paradoja, que no tiene un fin útil, sino que simplemente busca castigar por exigencia de la norma con la sola verificación del cometimiento de un nuevo ilícito. La pena aquí tiene como objetivo principal el castigar.

**b) Teoría de la Prevención Especial.** - Pertenece a las teorías relativas de la pena, que contiene un fundamento ético, y que postulan como lo planteaba Von Liszt, que sólo la pena *necesaria es justa* y por tanto legítima. Es decir, “[b]ajo el punto de vista preventivo-especial sólo es indispensable aquella pena que se necesita para evitar la reincidencia de cada autor en concreto”<sup>38</sup> El objetivo de la pena deja de ser el mero castigo y busca prevenir la existencia de delitos posteriores. Por lo que, la reincidencia bajo la mirada de esta teoría adquiere relevancia jurídica, pues se convierte en el objetivo de la pena, que se justifica en el ideal de prevención de nuevas infracciones penales, evitando que el delincuente persista en un accionar ilícito.

La presencia de una conducta reincidente, evidencia acorde a los fundamentos de la prevención especial ciertas incompatibilidades con la finalidad de pena. Considerándose, por tanto, que el castigo impuesto ha sido insuficiente y por ende es

---

<sup>36</sup> García, *Reincidencia y punibilidad*, 19.

<sup>37</sup> Roxin, *Sinn und Grenzen staatlicher, en Juristische Schulung*, (1966), 378, citado por García, *Reincidencia y Punibilidad*, (Buenos Aires, Astrea Editorial, 1992), 20-21.

<sup>38</sup> Stratenwerth *Strafrecht, Allgemeiner Teil-Die Straftat*, 20, citado por García, *Reincidencia y Punibilidad*, (Buenos Aires, Astrea Editorial, 1992), 37.

necesaria una nueva condena, presentándose como “el intento de ayuda eficaz” que se requiere para apoyar al mismo delincuente y proteger a la sociedad.<sup>39</sup> La reincidencia denota el fracaso del fin resocializador de la pena, por lo que, desde una interpretación muy bondadosa, la nueva condena se presentaría como una oportunidad, para fortalecer el trabajo de la prevención especial y su agravamiento actuaría frente a casos extremos en los que sea necesario la forma más severa de la prevención especial, para eliminar a los delincuentes incorregibles mediante el aislamiento.

La pena como medida eficaz, debe permitirle al condenado eliminar todo aquello que lo induce a delinquir. Para lo cual el Estado tiene la obligación de intervenir; como un ente responsable de sus ciudadanos y la satisfacción de sus necesidades y no como un simple castigador. Proporcionándole programas de ayuda integral al delincuente primario y al entorno en el que se desenvuelve, ya que el crimen afecta así también a su familia, y se extiende a toda la sociedad que éste protege.

### **c) Teoría de la Prevención General. -**

Esta posición teórica surge con Beccaria y Bentham, consolidándose posteriormente con Feuerbach, quien considera a la pena como una amenaza dirigida a toda la colectividad, a través de la ley. El castigo establecido en abstracto se muestra como una coacción psicológica cuyo efecto principal es la intimidación. Siendo un deber del Estado reforzar la pena para asegurar el cumplimiento de la norma que asegure la convivencia social. Por lo que resulta lógico que, en el caso de reincidencia, la pena sea mayor a fin de que cumpla con su fin disuasivo. Bajo esta teoría, entonces podríamos decir que solo se podría aplicar en Derecho, la reincidencia real, toda vez que el efecto disuasivo de la pena “adquiere su mayor efectividad con su mayor efectividad con su imposición y ejecución.”<sup>40</sup>

Bajo esta concepción, la pena requiere ser apropiada de tal modo que se extienda a la generalidad de sujetos, dejando en un segundo plano los efectos que esta le pueda ocasionar a la persona que ha sido castigada. Debe, por tanto, la pena reunir las características necesarias que causen intimidación suficiente que eviten la producción de hechos punibles, asegurando la vigencia de la ley que no puede transgredirse y mucho menos de forma reiterada.

La prevención general se preocupa de la vigencia normativa que no debe ser desobedecida y rescatar la confianza de la sociedad en el Derecho, por lo que el

---

<sup>39</sup> García, *Reincidencia y punibilidad*, 38.

<sup>40</sup> *Ibid.*, 43.

fundamento de culpabilidad del autor queda de lado. La penalización de la reincidencia bajo estos postulados teóricos se presenta como una medida idónea. Pues mediante el endurecimiento penal lo que buscan las autoridades es proyectar un mensaje intimidatorio suficiente a la colectividad para que se abstenga de cometer delitos por la severidad de la consecuencia negativa que implica una nueva transgresión al ordenamiento jurídico, a fin de minimizar los niveles de delincuencia contra la que se aplicará *todo el peso de la ley*, creyendo erradamente la sociedad, que esto es así.

**d) Prevención General Positiva.** - Welzel, como referente de esta concepción teórica en términos sencillos señala, que lo que la pena busca es causar una internalización positiva del Derecho en la conciencia de toda una agrupación o colectividad, que desapruebe el crimen. En esencia la finalidad de la pena es conservar el orden y la convivencia social basada en la subordinación a las normas y la confianza en el sistema jurídico.<sup>41</sup> Siendo, por tanto, ante casos de reiteración criminal necesario que el Estado, establezca los mecanismos sancionatorios de tal medida, que se logre una protección social. Presentándose, sin embargo, una problemática respecto de esta teoría, que no limita el poder punitivo del Estado que, en el afán de conservar el orden, puede convertir al Derecho en un arma de terror, por cuanto no se puede determinar de forma clara e irrefutable, la medida y la gravedad de las penas requeridas. Permitiéndose la aplicación de regímenes sancionatorios drásticos que impliquen el incremento de penas, minimización de derechos y garantías; tal como sucede en el caso de la reincidencia.

**e) Teorías Unitarias o Mixtas.** - Estas teorías surgen como el intento de establecer argumentaciones completas sobre la finalidad de la pena, en la que conjugan los fundamentos de las teorías absolutas y de las teorías especiales. El Derecho penal se considera dentro de esta posición, como un instrumento del Estado, cuya función radica en la protección de la sociedad que implica la protección de los bienes jurídicos reconocidos a los ciudadanos.<sup>42</sup> Por lo que, acorde a este pensamiento la mera punibilidad agravada de la reincidencia no es la medida punitiva más acertada. Ya que como sostiene Claus Roxin en su teoría unificadora dialéctica, el derecho penal debe establecer un equilibrio entre principios. Este “se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando con, imponiendo y ejecutando penas”<sup>43</sup> esferas que requieren ser justificadas racionalmente. Así en su primera etapa, solo aquellas conductas lesivas para los bienes

---

<sup>41</sup> Ibid., 45–46.

<sup>42</sup> Ibid., 53.

<sup>43</sup> Claus Roxin, Sinn und Grenzen Staatlicher Strafe, en “Juristische Schulung” (1966), 381 *ibid.*, 58.

jurídicos pueden ser castigadas. La segunda etapa, exige que la sanción a imponerse debe ajustarse estrictamente a la debida proporcionalidad y finalmente la tercera etapa de ejecución de la pena, solo puede ser aceptable aquella que tienda a la reinserción efectiva de la persona.<sup>44</sup> Condiciones de aplicación del poder punitivo, que en lo que se refiere al tratamiento agravado de la reincidencia desde esta postura teórica, se halla legitimado al fin retributivo, en el que se considera mayor culpabilidad del agente y es necesario para responder a los fines preventivos, pues el castigo severo genera un mensaje que busca disuadir a la sociedad pero sin descuidar los derechos del delincuente a la resocialización, pero que en la realidad el aspecto rehabilitador de la pena no se cumple.

En la actualidad las teorías de la pena han ido modificándose de forma constante, adoptándose por las autoridades y gobernantes, aquellos argumentos de una u otra teoría que responda a la realidad social vigente. De este modo, hoy en día sobre la problemática de la reincidencia, se han planteado dos corrientes penales importantes a favor y en contra de esta institución. Por un lado, tenemos los presupuestos punitivos que justifican y apoyan la existencia de la reincidencia y por el otro como presupuestos garantistas, aquellos que se oponen a la presencia de esta institución dentro del Derecho penal.

### **5.1. Desde la perspectiva del punitivismo penal**

Desde la antigüedad el delito ha sido objeto de castigos ciertamente severos, aplicándose todo el poder punitivo de los monarcas o reyes, a través del Derecho Penal con procedimientos inquisitivos cargados de represión, venganza y exclusión social para neutralizar a quienes se los considero como problemas o enemigos. Siendo en un inicio castigados con penas de tortura o muerte; racionalizándose estas penas con la prisión, como sanción principal. Inicialmente la agravación de penas por reincidencia se justificaba como castigo necesario frente a la persistencia en la vulneración los preceptos de Dios; por lo que “[l]as penas aumentan enormemente después de cada recaída en el mal”<sup>45</sup>, llegándose a penas de cadena perpetua, por dicha desobediencia.

En la actualidad, como bien lo afirma Zaffaroni, el pasado no se ido del todo el poder punitivo es verticalizado, sus efectos negativos perduran dentro del sistema penal y procesal penal.<sup>46</sup> Criterios punitivistas que apoyan la expansión del Derecho penal y el

---

<sup>44</sup> Ibid., 59–61.

<sup>45</sup> Martínez de Zamora, *La Reincidencia*, 17.

<sup>46</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *La cuestión criminal* (Bogotá: CO: Ibáñez, 2013), 36.



incremento de la pena considerablemente para el reincidente. Por cuanto esta medida según el criterio de Luis M. García es necesaria para proteger a la ciudadanía de la inseguridad y el crimen. Funcionalidad de la pena que se apoya en tres preceptos fundamentales:

- a) **La reincidencia es necesaria ya que exige mayor necesidad de prevención especial.** Desde esta perspectiva, la reincidencia se interpreta como la evidencia de la insuficiencia de la pena anterior para evitar la consumación de nuevos delitos, sean estos de la misma o distinta clase. Por lo que la nueva pena agravada se muestra como una medida necesaria y legítima, ya que ofrece al reincidente una oportunidad para continuar con el proceso de rehabilitación y resocialización.
- b) **La reincidencia implica mayor culpabilidad del autor.** Desde esta visión se considera que el infractor reincidente, ha actuado con mayor grado de culpabilidad al cometer otra vez un delito, desvalorando las consecuencias de la primera pena y por lo mismo el juicio de reproche será mayor, lo cual exige una condena más grave. El Derecho Penal ante la insensibilidad del infractor a la conducta anterior adopta medidas más represivas que implican efectos más gravosos para quien de algún modo se considera más culpable. En este punto se fortalece la teoría retribucionista de la pena.
- c) **Y la reincidencia como mayor contenido del injusto.** – Por cuanto se busca que quien ha sido sancionado, adquiera conocimiento de lo que ésta implica y por tanto no debiere volver a cometer actos delictivos. Pero si persiste en su conducta criminal, entonces, de algún modo se interpreta que el reo comete un hecho más grave debido a la alarma social que este produce en la colectividad.<sup>47</sup>

El concepto de alarma social es fundamental para aquellos que reproducen el populismo penal, como son los medios de comunicación y los políticos. Actores que muchas veces tienden a descontextualizar la realidad de los hechos ilícitos para escandalizar a las grandes masas, a fin de que sea la misma sociedad la que justifique las actuaciones arbitrarias que colocan en un grave peligro la vigencia de los derechos humanos.

---

<sup>47</sup> García, *Reincidencia y punibilidad*, 105–14.

Otro criterio punitivo fundamental para agravar la sanción por reincidencia que continúa siendo muy fuerte para el sistema penal, es una estigmatización del sujeto, considerándolo al reincidente como “un criminal peor, más perverso, que con su conducta demuestra una mayor pertinacia en el delito y una especial insensibilidad hacia la pena; que manifiesta su desprecio por la Ley y el Magistrado, su peligrosidad, su inclinación al delito o su capacidad para violar las normas penales”<sup>48</sup> Ratificándose de esta manera, la valoración de la peligrosidad del individuo. Juicio propio de la escuela positivista, en la que se defendía que al representar una persona mayor peligro pues se requiere mayor control social, a través del endurecimiento de las sanciones penales para eliminar la peligrosidad que significa que este individuo se encuentre en libertad. Otorgándole legitimidad a la pena agravada, al considerarse que “la reincidencia si debe aplicarse pues al cometer un nuevo delito afecta la conmoción social y lo que se está protegiendo son los derechos de la víctima, por lo que no existe vulneración de derechos constitucionales”<sup>49</sup>

## 5.2. Desde la perspectiva de garantismo penal

Con la modernidad los presupuestos de un Derecho penal máximo fueron despojándose poco a poco, instaurándose en su lugar fundamentos que propugnan la aplicación de un derecho penal mínimo, en pro de un derecho penal y procesal penal que minimice la discrecionalidad de las autoridades judiciales y la aplicación de las penas arbitrarias. Exaltando dentro de una sociedad democrática y civilizada, la vigencia de garantías en defensa de los derechos de las personas procesadas, quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad frente a la capacidad de coacción del Estado.

De acuerdo, al máximo representante del garantismo penal, Luigi Ferrajoli, el derecho penal mínimo que un Estado contemporáneo reconoce, propugna un ajuste a los fines utilitarios de las penas para controlar el delito; siendo necesario garantizar el pacto social, pero reduciendo en lo posible el malestar de quienes han sido castigados, ya que de imponerse penas agravadas más allá de lo necesario, estas se tornarían en arbitrarias e injustas. Las autoridades legislativas deben tomar en cuenta que “la pena no sirve sólo para prevenir los injustos delitos, sino también los castigos injustos; [...] que no tutela

---

<sup>48</sup> Martínez de Zamora, *La Reincidencia*, 40.

<sup>49</sup> Maricela Yáñez, Fiscal de la Fiscalía de Violencia de Género de la provincia de Cotopaxi, entrevistado por el autor, 21 de marzo de 2019.

sólo a la persona ofendida por el delito, sino también al delincuente frente a las reacciones informales, públicas o privadas.”<sup>50</sup> Siendo incluso que las personas privadas de libertad se encuentran reconocidos constitucionalmente como grupo de atención preferente.

Por lo tanto, la elevación desmedida de la pena para castigar la reincidencia expone una política peligrosa para la vigencia de los derechos fundamentales, contraponiéndose a los principios de un Estado garantista, que defiende el respeto y cumplimiento de las garantías del debido proceso, como máxima. Aun cuando la sociedad frente a la delincuencia exija mayor severidad penal, traducida en mayor prisión, como lo establece Ramiro Ávila Santamaría: “La violencia que se ejerce desde el estado contra esas personas tampoco es justificable”<sup>51</sup>, dentro de un Estado Constitucional de Derechos, ya que debido a las pésimas condiciones de las cárceles el problema de reincidencia solo termina por empeorarse. La penalización de la reincidencia desde la óptica garantista no tiene razón de ser, es una medida ilegítima, inútil que no previene el delito.

La tendencia de un Derecho penal garantista se halla reforzada a su vez por la jurisprudencia internacional en la Sentencia C-252-03 dictada por la Corte Constitucional de Colombia, que expone textualmente:

El rechazo de la reincidencia como circunstancia de agravación punitiva se explica en el derecho penal en razón de la mayor proximidad que tiene, como ámbito de control, con los derechos fundamentales. Tal proximidad se advierte tanto en el delito -por la relación funcional que existe entre tales derechos y el bien jurídico como concepto consustancial a la conducta punible- como en la pena -en este caso porque la sanción penal por antonomasia, la prisión, no es más que la privación de la libertad de locomoción como derecho fundamental-. Además, la ilegitimidad de la reincidencia como institución del derecho penal plantea un serio cuestionamiento al sistema penal mismo pues pone en vilo las funciones de prevención general -como protección de bienes jurídicos- y de prevención especial -como resocialización moderada- que se le atribuyen a la pena y desnuda las profundas limitaciones del tratamiento penitenciario. En tal contexto es ilegítima la desvaloración de la reincidencia en sí misma pues tal institución, en términos de sacrificio de derechos fundamentales y de racionalidad del sistema penal, resulta demasiado costosa.<sup>52</sup>

En definitiva, dentro de un Estado Constitucional de Derechos, la intervención del Derecho penal y todo su arsenal represivo se ve legitimado únicamente ante la afectación a bienes jurídicos reconocidos por la Norma Suprema y la ley penal, siempre y cuando

---

<sup>50</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, 1995), 332.

<sup>51</sup> Ramiro Ávila Santamaría, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar- Ecuador-Corporación MYL, 2013), 2.

<sup>52</sup> Colombia. Corte Constitucional, [Voto Salvado a la Sentencia Nro. C-062-05], dentro del expediente D-5314, de fecha 01 de febrero de 2005.

no existan otros medios apropiados y menos lesivos para resolver la problemática. De este modo, la presencia de la reincidencia dentro del sistema penal, en el presente se ha convertido en una medida fuertemente cuestionable, debido al riesgo que implica su punibilidad frente a la vigencia de los derechos y garantías constitucionales, objetando los fundamentos del Estado en sí mismo y que de forma puntual se analizará más adelante.

## **Capítulo Segundo**

### **La reincidencia en la realidad jurídica del Ecuador y su posición frente a los principios constitucionales.**

#### **1. Desarrollo de la reincidencia en el ordenamiento jurídico penal.**

La reincidencia constituye un fenómeno social que se halla presente en todo el mundo, en unos países con un mayor índice que en otros, y el Ecuador no es la excepción. Fenómeno jurídico-social que se manifiesta como un problema grave que aqueja a nuestra sociedad y que no ha podido ser solucionado adecuadamente. Siendo un tema del diario vivir que con frecuencia lo podemos escuchar en las calles, mirar en los noticieros, leer en los periódicos, etc. Desempeñando los medios de comunicación un rol importante sobre la divulgación de esta problemática, ya que se han esforzado en transmitir noticias sobre la detención de un delincuente o grupo delictivo; de quien o quienes sale a relucir el aspecto relativo a las detenciones por delitos anteriores, elevando así el morbo y sentimientos de alarma en la sociedad.

Fenómeno del que todos conocemos, pero que muy poca atención se le ha brindado por parte de las autoridades y entidades competentes de garantizar la seguridad la ciudadana, a través de políticas sociales y criminales que contemplen todas las motivaciones que la ocasionan. Siendo difícil en la actualidad incluso contar con datos estadísticos precisos sobre el índice de reincidencia en el país, debido a los incipientes registros que existen.

El escenario de la reincidencia delictiva en nuestra sociedad, según un estudio en el diario el Telégrafo, observa principalmente en lo que se refiere a delitos de robo, hurto, pero sobre todo en los delitos de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización. Es así que el Dr. Víctor González, Fiscal de la Unidad con competencia en Delitos Flagrantes, puntualiza que: del 100 % por ciento de casos que llegan a esta unidad por lo menos el 80 % de estos, se refieren a sospechosos con detenciones anteriores.<sup>53</sup> Tipo de reincidencia que, aunque no produce consecuencias jurídicas para el Derecho

---

<sup>53</sup> El Telégrafo, “20% de personas que recuperan la libertad vuelve a delinquir.”, 25 de septiembre de 2017, En: <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/39/13/el-20-de-personas-que-recupera-la-libertad-vuelve-a-delinquir>, fecha de acceso 27 de mayo de 2019.

penal vigente, no puede seguir siendo invisibilizada. Precisan según las autoridades de control y de seguridad, que un elevado porcentaje de las personas que recuperan su libertad tras cumplir una condena, vuelven a recaer en el delito por una multiplicidad de causas, siendo la principal de estas, la falta de oportunidades para obtener los recursos de modo convencional.

La reincidencia comúnmente ha sido reconocida por un modelo jurídico-político como la repetición en el cometimiento de delitos que requiere ser tratada por el Derecho penal, a través de sanciones más severas para estos casos, con lo cual se busca “dar una señal clara a la sociedad de que el derecho protege la seguridad ciudadana.”<sup>54</sup> Haciendo el Estado recaer toda su potencial punitivo sobre el reincidente, descuidándose que esta persona, también es un ciudadano de quien el Estado no puede olvidarse al momento de priorizar la dureza de los enjuiciamientos y las sanciones penales, sometiendo tristemente a políticas de exclusión y al sufrimiento del encarcelamiento, que no genera oportunidades de rehabilitación.

Los niveles de reincidencia se han visto reflejados en el grado de delincuencia que aqueja a cada sociedad; tema principal que el Estado no puede descuidar y tiene que atender para garantizar una convivencia armónica y el desarrollo seguro a sus ciudadanos. Empleando por lo general, como principal medio para atacar el problema de la inseguridad, al Derecho penal y la justicia ordinaria para juzgar y castigar a aquellos que han transgredido las normas. Porque se considera que los delincuentes ponen en riesgo con su conducta, los derechos de las demás personas y los bienes jurídicos legalmente protegidos. Interpretación que frente al principio de mínima intervención penal que proclama nuestra Constitución de la República, no resulta ser la más lógica.

Pero que, como parte de la lucha implacable que el gobierno ha promovido contra el crimen, en los últimos años; la reincidencia “se ha convertido en el instrumento más contundente del denominado poder punitivo; el cual es para Zaffaroni, “la facultad que tiene el estado para penar a quien comete un crimen”<sup>55</sup>. Ejecutando el Estado, bajo el ideal de resolver los conflictos y mantener la paz social, toda su fuerza coercitiva y aparataje estatal de persecución que terminará en la imposición de penas elevadas para aquellos que han caído en el mundo del crimen.

---

<sup>54</sup> Jaime Raúl Chávez Vargas, “La justicia indígena: la reincidencia en los delitos contra la propiedad” (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2016).

<sup>55</sup> *Ibíd.*

Esta situación se ha visto empeorada debido al aumento de la criminalidad, que pone en entre dicho la seguridad de la ciudadanía y la eficacia de los sistemas judiciales; siendo la propia sociedad la que exige medidas más y más severas para los delincuentes, mostrándose totalmente insensible. Rechazo social que se acentúa con mayor razón para aquellos que son reincidentes en su conducta típica; para quienes se exige se “*aplique todo el rigor de la ley*” lo cual ha significado la restricción de todos los beneficios que la norma pudiera reconocer a los procesados. Es así como el problema de la reincidencia se ha convertido en un tema fundamental de debate de las autoridades y políticos, pero que lejos de emprender un estudio complejo del fenómeno, han adoptado como principal opción para enfrentarla, el incremento de las penas de cárcel. Considerando que la prisión evitaría que los delincuentes se encuentren en las calles y vuelvan a delinquir. Alternativa del populismo penal, que agudiza la realidad de los sistemas carcelarios caracterizados por la sobrepoblación y hacinamiento, cuyo fracaso y resultado más evidente es la reincidencia delictiva.

Ya en el ámbito propiamente normativo el derogado Código Penal, en su artículo 77 sobre la reincidencia manifestaba: “hay reincidencia cuando el culpado vuelve a cometer un delito después de haber cometido uno anterior por el que recibió sentencia condenatoria”<sup>56</sup>. Es decir, procedía la reincidencia genérica, dentro de la cual basta con el cometimiento de cualquier delito sin importar que la naturaleza entre uno y otro sea la misma. El artículo 78 *ibídem* reconocía la aplicación de la reincidencia para el caso de contravenciones, pero estableciendo un tiempo de 90 días subsiguientes a la condena por la primera falta para que pueda configurarse esta figura jurídica.<sup>57</sup> Limitando de algún modo en función de un periodo de tiempo la posibilidad de la intervención del poder punitivo estatal. En lo relativo a la influencia de la reincidencia en la pena y su cuantificación, el artículo 80 del mismo cuerpo legal, establecía varias reglas para el incremento de la pena que se impondrá al nuevo delito; sanciones que podían pasar de penas de reclusión, a reclusión mayor extraordinaria y hasta reclusión mayor especial.<sup>58</sup>

Así por ejemplo el numeral 1 del mencionado artículo disponía textualmente: “El que habiendo sido condenado antes a pena de reclusión cometiere un delito reprimido con reclusión mayor de cuatro a ocho años, sufrirá la misma pena, pero de ocho a doce [...]”. Reglas que del mismo modo se establecen para los siguientes casos regulados por esta

---

<sup>56</sup> Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial, Suplemento 147, 22 de enero de 1971, art. 77.

<sup>57</sup> COIP, art. 78. Reincidencia temporal en contravenciones.

<sup>58</sup> *Ibid.* Art 80. Aumento de pena en caso de reincidencia.

norma penal. En lo que respecta a la sanción por reincidencia, aquí se puede observar que se contempla un incremento de pena para el nuevo delito, pero eso sí considerando que el nuevo delito es de mayor gravedad y por ende la sanción será más dura, manteniendo un piso y un techo bien determinado. Otorgando al Juez Penal, la facultad de determinar la medida de la pena a imponerse dependiendo de las circunstancias que rodean el acto criminal; existiendo la posibilidad legal de mantenerse la pena mínima del rango establecido, sin que necesariamente deba aplicarse la pena más alta.

Contexto legal penal que ante las exigencias sociales de mayor represión y el desarrollo de políticas centradas en el discurso de “*mano dura contra el crimen*”, ha sufrido cambios, de tal forma que se adopten las medidas suficientes para enfrentar el problema de la delincuencia y precautelar el control social. Es así, que el 10 de agosto del 2014, entra en vigor el nuevo Código Orgánico Integral Penal, como un instrumento legal que actualizaría la normativa penal a la realidad social actual, y al espíritu de garantías y derechos fundados por la Norma Suprema vigente en nuestro país, instituyendo por un lado ciertas normas garantistas, pero por otro lado fortaleciendo una serie de disposiciones absolutamente punitivistas. Creando nuevos tipos penales que amplían la injerencia del poder represivo del Estado, se incrementan drásticamente la medida de las sanciones para los infractores, elevando significativamente el tiempo de permanencia en las cárceles, hasta 40 años.

En lo que respecta propiamente a la reincidencia objeto de nuestro estudio, no solo que continúa presente en el nuevo Derecho Penal, sino que adquiere la calidad de una circunstancia agravante genérica que se suma al amplio catálogo de agravantes creadas por el vigente ordenamiento penal, diecinueve para ser más precisa. De forma puntual el COIP al, se refiere a la reincidencia en su artículo 57, el cual textualmente señala:

Se entiende por reincidencia la comisión de un nuevo delito por parte de la persona que fue declarada culpable mediante sentencia ejecutoriada.

La reincidencia solo procederá en delitos con los mismos elementos de tipicidad de dolo y culpa respectivamente.

Si la persona reincide se le impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal incrementada en un tercio.<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> Ecuador, *COIP*, art. 57.



De esta disposición se logra extraer varios preceptos relevantes de análisis. En primer lugar expone una definición de la reincidencia, como el cometimiento de un nuevo delito por una misma persona que ya hubiere sido condenada anteriormente. Sentencia que debe encontrarse ejecutoriada, es decir, respecto de la cual ya no existirá recurso legal alguno. Pero nada establece sobre la necesidad de cumplimiento efectivo o no de la condena que fue impuesta. Esto nos lleva a entender que dentro de nuestro sistema judicial penal, se podría aplicar tanto la reincidencia real como ficta.

En el segundo inciso, dispone que para que opere la conducta reincidente y por tanto surtan los efectos legales; es imprescindible verificar entre uno y otro delito la existencia de los mismos elementos de tipicidad, de dolo y culpa. Circunstancia normativa que determina que en el sistema penal ecuatoriano actual, solo procede y se sancionará la reincidencia específica. Tipo de reincidencia también conocida como propia; y que se configura únicamente cuando el nuevo ilícito es idéntico al anterior por el cual el reo ya fue condenado. La reincidencia específica se aplica tomando en cuenta la naturaleza del tipo penal; por lo que, al momento de enfrentar estos escenarios en la práctica jurídica, es importante hacer una diferenciación entre delitos de acción pública y de acción privada, entre delitos dolosos y culposos, entre delito y contravención. A diferencia de lo que ocurre en la reincidencia genérica que se configura al cometer un nuevo ilícito, cualquiera sea su naturaleza.

Para la valoración jurídica de la reincidencia, la norma penal prescribe hacer un análisis sobre la categoría dogmática de la tipicidad y sus elementos. Categoría del delito, que consiste en la adecuación del acto humano al tipo penal previsto en la ley penal,<sup>60</sup> consolidándose de esta manera otro principio procesal importante como es el de legalidad. Ya que sin ley previa no existe delito ni pena, siendo esta según Zaffaroni: “[...] la fórmula legal necesaria al poder punitivo para habilitar su ejercicio formal”<sup>61</sup> La tipicidad para la doctrina se encuentra conformada por elementos objetivos y subjetivos. Así la tipicidad objetiva se refiere a elementos del hecho punible mientras que la tipicidad subjetiva se trata del nexo psicológico del actor con el delito como resultado.

Por tanto, estos elementos no pueden inobservarse al momento de analizar el caso en concreto, por cuanto para que aplique la figura de la reincidencia al momento de determinar la pena a imponerse, debe existir coincidencia de todos estos presupuestos

---

<sup>60</sup> Encalada Hidalgo Pablo, *Teoría Constitucional del Delito*, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede en Ecuador, 2014)46.

<sup>61</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho Penal Parte General* (Buenos Aires: Ediar, 2002) 434.

entre el delito anterior y el nuevo. Es decir, para que esta institución sea relevante jurídicamente, los delitos deben ser de la misma naturaleza ya que no es suficiente con que pertenezcan a la misma familia típica. Así, por ejemplo, no existiría reincidencia y no se podría aplicar sanciones agravadas cuando inicialmente se haya sentenciado el hurto y luego se trate de robo, por cuanto sus elementos objetivos no son semejantes, aun cuando son delitos contra el patrimonio.

Siguiendo la lectura en el mismo inciso segundo del artículo 57 del Código Orgánico Integral Penal, resalta también la tipicidad subjetiva remitiendo a la autoridad a realizar un examen de los elementos del dolo y la culpa, que se encontraban presentes al momento del cometiendo de la acción típica. Elementos subjetivos que en términos generales se definen: al dolo como la intención positiva de causar daños, que está compuesto por un elemento cognitivo y otro volitivo; mientras que la culpa se entiende como la infracción al deber objetivo de cuidado, que comete un agente que genera daños.<sup>62</sup> Por lo tanto, tampoco existiría reincidencia cuando el delito anterior se trataba por ejemplo de un homicidio simple y el nuevo delito versa sobre un homicidio culposo, toda vez que la tipicidad subjetiva de estos tipos penales difiere. A diferencia de lo que ocurre en otros Estados como España, en donde para que exista reincidencia específica es suficiente con que los delitos se encuentren dentro del mismo título del Código Penal.<sup>63</sup>

Otro aspecto importante que en nuestro contexto legal se requiere precisar para aplicar la reincidencia específica, corresponde de acuerdo con el artículo 410 *ibidem*, a la clasificación entre delitos de acción pública y de acción privada. Por cuanto en los primeros le corresponde a la Fiscalía, ejercer la acción penal, mientras que, en los segundos, la acción penal le corresponde únicamente a la víctima a través de una querrela. Es decir, dependiendo de la clase de delito, tiene características, naturaleza y procedimientos propios; siendo el Estado, quien, en los delitos de acción pública, el que asume el papel de la víctima e interviene directamente mediante sus representantes como la Fiscalía, incluso sin la exigencia de que se presente una denuncia formal. En cambio, en los de acción privada, esto no sucede pues le corresponde a la víctima activar el sistema de administración de justicia.

Finalmente, el artículo 57 *ibidem* en su último inciso expone su lado más severo, pues le otorga a la reincidencia la calidad de circunstancia agravante como una evidente manifestación del poder punitivo. Calidad que se le asigna a la reincidencia, y que

---

<sup>62</sup> Ecuador, *COIP*, arts. 26 y 27.

<sup>63</sup> Martínez de Zamora, *La reincidencia*, 97.

obligaría a los operadores de justicia penal a imponer a los reincidentes, el máximo de la pena establecida para cada tipo penal, añadiéndole a esta un tercio. Condiciones jurídicas preocupantes que estarían habilitando la aplicación de procesos de represión penal excesiva que aseguran penas exageradas de encierro en las cárceles, como demostración del inmenso poder de castigo del Estado, bajo la idea de mantener el control social y luchar contra la delincuencia, pero que en la realidad no resultado del todo cierto.

Esta conceptualización normativa no ha logrado dar una atención realista al problema de la reincidencia, que continua afectando a la seguridad de una sociedad, toda vez que la simple penalización no erradica el problema desde la raíz. En su lugar, según Hulmans: “las agencias ejecutivas como la policía o la propia justicia tampoco dan una solución a la realidad, la criminalización es totalmente inadecuada, es perversa, dado que niega la existencia de la diversidad en la vida social y de los diferentes ‘sentidos’ que esta genera, y por ello está incapacitada para percibirla y para tratarla positivamente”<sup>64</sup>, fortaleciendo procesos de aislamiento que contribuyen al desarrollo criminal.

Modelo de endurecimiento penal que en poco tiempo, pese a la creación de nuevos Centros de Rehabilitación Social, impulsada por la Revolución Ciudadana, lo que sí ha logrado es empeorar el problema de la sobrepoblación carcelaria y el hacinamiento que ha venido arrastrando el Ecuador. Evidenciando en la actualidad graves crisis que han costado la vida de muchos internos, para quienes el Estado no logró garantizar su derecho a la rehabilitación social. Triste realidad carcelaria que, en vez de solucionar los niveles de reincidencia, aseguran al reo ambientes inseguros y de violencia, tornándolo insensible ante el castigo y por lo mismo más propenso a cometer nuevos delitos, pues la pena solo ha significado sufrimiento, que termino neutralizando su humanidad.

El problema del hacinamiento en nuestro sistema carcelario no ha podido ser superado, aun cuando se ha elevado a 53, el número de cárceles con las que cuenta hoy en día el Ecuador.<sup>65</sup> Escenario que fue expuesto y reconocido por la ex ministra del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Roxana Alvarado, quien puntualizó que para el año 2018 “la población interna es de 37.530 personas (92% es de hombres y 8% mujeres), pero la capacidad real de los centros es de 27.230 personas”<sup>66</sup> Datos que

---

<sup>64</sup> Louk Hulsman, “Políticas criminales alternativas”, en *Criminología Crítica y Control Social 1. El poder punitivo del Estado* (Rosario, Argentina: editorial Juris, 1993), 88.

<sup>65</sup> Dirección de Planificación del SNAI, Registros Administrativos de los Centros de Privación de Libertad, actualizado al 25 de septiembre de 2019.

<sup>66</sup>El Telégrafo, La sobrepoblación carcelaria bajo del 42% al 37%, En: <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/12/sobrepoblacion-carceles-gavismoreno>, fecha de acceso el 22 de enero de 2019.

notoriamente muestran la grave situación de las cárceles debido a la sobrepoblación como resultado de la inflación punitiva del COIP, aplicada por el gobierno en estos últimos años.

Políticas criminales que han llegado a ser caóticas, llevando a la propia autoridad a cargo de la administración del sistema carcelario de aquella época, a proponer a la comisión de la Asamblea Nacional, “que se revisen las sanciones previstas en el COIP para encontrar mecanismos de sanción ante delitos sin que represente la privación de libertad”<sup>67</sup> encontrándose, dentro de las sanciones que deberían ser revisables, el agravamiento de la pena por reincidencia, que ha sido inútil para luchar contra la criminalidad. Constituyéndose estas medidas en una terrible injusticia social, porque según Eduardo Oré Sosa, lo que la reincidencia muestra “son las fallas del sistema social y de las propias agencias de ejecución penal”<sup>68</sup> y que no pueden terminar asumiéndolas los más débiles.

Las consecuencias del reconocimiento de la reincidencia, no terminan con el agravamiento de las penas, sino que se amplían a la posibilidad de concesión de ciertas medidas alternativas a la prisión o beneficios penitenciarios que la ley contempla a las personas privadas de la libertad. Muestra de aquello, lo encontramos en el artículo 725 del COIP, el cual establece que a los internos en los centros de rehabilitación social:

Se impondrán las siguientes sanciones dependiendo de la gravedad y reincidencia, las que deben justificarse en virtud de la proporcionalidad y características de la falta cometida: 1. Restricción del tiempo de la visita familiar. 2. Restricción de las comunicaciones externas. 3. Restricción de llamadas telefónicas. 4. Sometimiento al régimen de máxima seguridad.<sup>69</sup>

Como notamos la reincidencia se extiende al tratamiento penitenciario que recibe el sentenciado al interior del CRS, facultando el endurecimiento de las sanciones disciplinarias internas que se suman a las condiciones inhumanas propias de las cárceles. Agudizando con ello, la situación de las personas privadas de la libertad, al fortalecer procesos de aislamiento y exclusión social, atentando contra otros derechos humanos importantes como son la comunicación, y el contacto familiar, descuidando por completo

---

<sup>67</sup> Ibíd.

<sup>68</sup> Eduardo Oré Sosa, “Determinación Judicial de la Pena, Reincidencia y habitualidad. A propósito de las Modificaciones operadas por la Ley 30076”, Instituto de Ciencia Procesal Penal, En: <[http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/determinacion\\_judicial\\_de\\_la\\_pena\\_-\\_incipp.pdf](http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/determinacion_judicial_de_la_pena_-_incipp.pdf)> citado por Chávez Vargas, “La justicia indígena: la reincidencia en los delitos contra la propiedad”, 16.

<sup>69</sup> COIP, art 725.

que la familia constituye el núcleo de toda sociedad. Procesos que concluyen en la denigración física y psicológica del reo, provocado en ellos, efectos negativos que en nada contribuyen a una verdadera rehabilitación y reinserción social, que es la razón de ser de la pena según la Constitución de la República.

Así también mencionamos el artículo 630 del mismo cuerpo legal, en el cual se hace una breve referencia a la reincidencia, aún que no de modo explícito o expreso, cuando señala en el numeral 3 que para la suspensión condicional de la pena se requiere “3.- Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta sean indicativos de que no existe necesidad de la ejecución de la pena.”<sup>70</sup> Es decir, se realiza una valoración del pasado judicial para negar beneficios procesales en un nuevo proceso debería responder a su propia casuística.

Es así que, realidad jurídica de la reincidencia aplicable en la actualidad se exterioriza de cierta manera contradictoria, dentro de un Estado garantista como se consagra el Ecuador, tras la promulgación de la Constitución de la República del 2008. Modelo Constitucional que exaltan como valores máximos, el respeto y cumplimiento de principios y garantías básicas para la defensa de los derechos y la protección de la dignidad humana, brindando una especial atención sobre aquellas personas que por la propia estructura social se encuentran en peores condiciones.

Del análisis que se ha venido realizando sobre el tratamiento de la reincidencia contemplada en el COIP, como un instrumento de agravamiento penal, se han generado una serie de objeciones sobre su constitucionalidad, debido al riesgo que exponen ante la efectividad de las garantías reconocidas por la Constitución y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Estos principios que entrarían en aparente conflicto con la aplicabilidad de la reincidencia como agravante dentro del sistema penal, se exponen con más detalle a continuación:

## **2. Posicionamiento de la reincidente ante los principios y garantías básicas del debido proceso reconocido constitucionalmente**

### **2.1. Principio de Igualdad**

El artículo 1 de la CRE, declara en su parte pertinente: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente,

---

<sup>70</sup> COIP, art. 630 numeral 3.

unitario, intercultural, plurinacional y laico...”<sup>71</sup> Partiendo de esta declaración, la administración y funcionamiento del gobierno se someten a los preceptos de la Constitución, como norma fundamental que se centra en la protección y defensa de los derechos de las personas, instaurando un sistema garantista que establecerá los mecanismos suficientes que garanticen el cumplimiento de los derechos, orientado a la consecución de una verdadera justicia, igualdad y equidad social.

Esto significa, por tanto, que, dentro del Estado Constitucional de Derechos, como lo dispone el artículo 84 de la CRE; ningún cuerpo normativo puede contener leyes que contravengan a los derechos y principios reconocidos constitucionalmente, y de presentarse esta situación, estas normas serían inválidas e inaplicables. El derecho a la Igualdad en este contexto se reviste de gran connotación para revalorizar la dignidad humana, frente a arbitrariedades del poder que han ocasionado masacres a lo largo de la historia. Debido a la aplicación vertical del poder punitivo propios de modelos absolutistas de gobierno y que no pueden seguir consintiéndose dentro de una sociedad democrática.

El principio de Igualdad se constituye como un valor elemental de carácter constitucional, que parte de una dimensión moral y de una dimensión socio-política. Dentro de la dimensión moral nace a partir de la declaración que establece “*que todos los seres humanos son iguales*”, mientras que dentro de la dimensión socio-política, entra en juego el Derecho y el Estado, para establecer las normas y políticas que sustenten y protejan dicha igualdad.<sup>72</sup> Y que en la práctica social se ve amenazada por varias condiciones de carácter estructural, que fortalecen procesos de subordinación ya sea por condiciones económicas, de género, de raza, nacionalidad, etc. Criterios que desencadenan procesos de discriminación, ante lo cual el Estado necesita fortalecer procesos educativos, procesos de acción afirmativa y distribución equitativa de los recursos, en pro de una sociedad más justa.

Jurídicamente el principio de igualdad es reconocido inicialmente por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo primero, que expresa: “Todos los seres humanos son iguales en su dignidad y derechos”<sup>73</sup>. La igualdad como principio complejo, toma fuerza a partir de un enunciado normativo que reconoce la

---

<sup>71</sup> Ecuador, *Constitución de la República*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art.1.

<sup>72</sup> Roberto Gargarella, *El Derecho a la Igualdad, Aportes para un Constitucionalismo Igualitario* (Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007), 2.

<sup>73</sup> ONU Asamblea General, “Declaración Universal de los Derechos Humanos” (1948), art. 1.

igualdad ante la ley. Declaración legal que se extiende a un enunciado descriptivo-empírico, en donde, es indispensable tomar en cuenta patrones que determinan el sentido mismo de la Igualdad, que más que: “tratar a cada persona como un igual, más que tratar a cada persona igual: lo que se pretende es afirmar nuestra preocupación por la igual consideración y respeto que nos merece cada uno”<sup>74</sup>. Es decir, frente a circunstancias y relevancias en ciertos casos implica un tratamiento diferenciado o tolerable.

La igualdad como fundamento del constitucionalismo y de la democracia, de un modo más explícito según Eduardo Rabossi, implica que “en todos los aspectos relevantes los seres humanos deben ser considerados y tratados de igual manera, es decir, de una manera uniforme e idéntica, a menos que haya una razón suficiente para no hacerlo”<sup>75</sup>. Desde esta formulación doctrinaria podemos extraer las dimensiones del principio de igualdad en: formal y material. La primera se entiende como la igualdad de tratamiento ante la ley; mientras que la segunda se convierte en el establecimiento de medidas y acciones suficientes para garantizar la igualdad de oportunidades.

Partiendo de esta concepción se derivan dos principios importantes:

- 1) el de no discriminación, que impide realizar diferenciaciones negativas que anulen o menoscaben los derechos y propia humanidad; y,
- 2) el de protección, que establece que el trato desigual debe orientarse siempre hacia la protección, goce y ejercicio de los derechos de las personas mediante la creación de acciones afirmativas e instrumentos adecuados.<sup>76</sup>

Propiamente en el ámbito jurídico, la igualdad se encuentra expresamente reconocida en varios Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 1 declara que “todos los hombres son libres e iguales”. Además, está la Convención Americana de Derechos Humanos o más conocida como Pacto de San José, que en los artículos 1, 13 numeral 5, 24, promulga que todas las personas son iguales ante la ley, prohibiendo la discriminación. Y finalmente, encontramos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que es enfático al establecer en su artículo 2 numeral 1, al señalar que es obligación de los Estados respetar y garantizar a todos los individuos los derechos reconocidos en el Pacto, entre ellos y muy importante, el de Igualdad; sin distinción alguna, sin importar cualquier condición social.

---

<sup>74</sup> Gargarella, *El Derecho a la Igualdad, Aportes para un Constitucionalismo Igualitario*, 5.

<sup>75</sup> Ibid.

<sup>76</sup> Eduardo Rabossi, *Derechos Humanos: El principio de Igualdad y la Discriminación*, ibid., 47.

En el ámbito jurídico nacional, en cumplimiento de las obligaciones internacionales al que se comprometió nuestro Estado por ser miembro; en la CRE de 2008, se reconoce plenamente, el principio de igualdad en su artículo 11 numeral 2, cuando expresa:

Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, *pasado judicial*, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.<sup>77</sup>

Del marco normativo transcrito, recae sobre el Estado como garante máximo de los derechos; el deber de adoptar todas las medidas necesarias que garanticen la igualdad formal y material que eviten la discriminación. Recalcando que el discriminar “supone adoptar una actitud o llevar a cabo una acción prejuiciosa, parcial injusta, o formular una distinción que, en definitiva, es contraria a algo o alguien”<sup>78</sup> causando diferenciaciones ilegítimas que tienden a la exclusión, poniendo un riesgo la vigencia material de los derechos, que quedarían en meras declaraciones.

Aun cuando se evidencia un fuerte reconocimiento legal del principio de igualdad, tanto internacional como nacionalmente, en la práctica se presenta una fuerte dicotomía frente a la conceptualización legal de la reincidencia. Cuando por un lado la Constitución reconoce la igualdad y prohíbe el valorar el *pasado judicial*, como criterio que implique un trato discriminatorio y por el otro el ordenamiento jurídico penal, al contemplar la reincidencia como circunstancia de agravamiento penal, faculta la valoración de los antecedentes penales, con consecuencias perjudiciales. El Juzgador, ante los presupuestos de la reincidencia, se remitirá y lo que es peor valorará, los antecedentes penales de la persona, al considerar la condena anterior para imponer la pena del delito posterior, y que será mayor, incluso superando los máximos establecidos para el tipo penal. Expresando criterios discriminatorios que lo que conllevan es a la segregación social de quienes se consideran un problema.

---

<sup>77</sup> Ecuador, *Constitución de la República*, art 11 numeral 2.

<sup>78</sup> *Ibíd.*, 50. Énfasis añadido.



Distinción negativa que no solo se verá reflejada en la prolongada pena que se le imponga, sino que el tratamiento mismo que se le otorga durante el decurso del enjuiciamiento al reincidente, de modo cierto, es diferenciado negativamente, más severo, insensible, lleno de restricciones de garantías, sacando a relieve actitudes de desprecio por parte de todos los actores del proceso penal y que se reproducen a la propia sociedad que margina al reincidente. Atribuyendo a la persona que ha caído en la reincidencia, mayor peligrosidad. Criterios represivos que llevan a valorar la personalidad de la persona para juzgarlo y sancionarlo, más que por el acto cometido. Contexto de desigualdad que según Roberto Gargarella: “son consideradas nocivas, no solamente por el daño que pueden causar a los que participan en ella, sino porque globalmente, desde el punto de vista social, se considera que son el inicio, el desencadenante de procesos de violencia en la sociedad”<sup>79</sup>

La punibilidad de la reincidencia, implica una efectiva valoración de la personalidad del procesado, recayendo en el Derecho penal de autor. Modelo del derecho, dentro del cual se juzgaba a la persona por lo que es, por su identidad, y no por sus actos. Contemplando dentro del sistema penal diferencias negativas que les restan oportunidades, limitan derechos y promueven procesos de exclusión y neutralización del ser humano, tratándolo como enemigo. Actuaciones que dan paso a procesos discriminatorios, en base a presunciones de mayor culpabilidad que no son probadas objetivamente como lo exige el sistema acusatorio. En el que necesariamente para individualizarse la pena debe analizarse el hecho típico en concreto. Ya que como señala el Dr. Víctor Barahona, en su entrevista:

[...] existe delitos más susceptibles de reincidencia, y que el legislador no ha tomado en cuenta, no es lo mismo un doloso que culposo, ya que ocurren casos en los que por ejemplo una persona robe por necesidad, las circunstancias son distintas a otros, y no pueden tratarse de la misma manera [...] el juzgamiento para establecer la sanción debe realizarse bajo conocimiento de causa al que responde cada acto antijurídico.<sup>80</sup>

La Igualdad constituye un principio fundamental que no puede separarse de la justicia, ya que como acertadamente Florentino González, manifiesta:

Para que el principio de igualdad produzca todos sus frutos, es menester que tenga aplicación en toda su extensión, tanto en lo político como en lo civil [...] Es necesario que la ley ofrezca a todos igual facilidad para obtener todo el beneficio posible de sus

---

<sup>79</sup> *Ibíd.*, 49.

<sup>80</sup> Víctor Dario Barahona Cunalata, Juez de Garantías Penales de Cotopaxi, entrevistado por el autor, 21 de marzo de 2019.

facultades naturales y que así la igualdad que ella promete sea una cosa real, no meramente nominal.<sup>81</sup>

Por lo que, es indispensable la promulgación de normas que tutelen este principio en todas las áreas. Que se adopten todas las medidas sociales, políticas y jurisdiccionales necesarias para erradicar actuaciones excluyentes que terminan afectando a los más pobres en contra de quienes la organización social-económica se muestran hostiles e indiferentes. Siendo más evidente en el ámbito penal, por lo que Luigi Ferrajoli, propugna un ajuste a los *finés utilitarios* de las penas para controlar el delito sin que esto implique vulneración de derechos fundamentales del imputado. Ya que si bien el Estado, busca proteger el pacto social, debe hacerlo dentro del marco garantista de derechos, reduciendo en lo posible el malestar innecesario, pues de imponerse penas agravadas más allá de lo que representa el hecho dañoso, estas se tornarían en arbitrarias e injustas, ya que “la pena no sirve sólo para prevenir los injustos delitos, sino también los castigos injustos; [...] que no tutela sólo a la persona ofendida por el delito, sino también al delincuente frente a las reacciones informales, públicas o privadas.”<sup>82</sup> Siendo un objetivo del Derecho penal contemporáneo, el limitar el uso del poder punitivo del Estado.

No obstante, a las posiciones referidas, existen otras totalmente opuestas. Por ejemplo, está la de Luis M. García, que precisa que la objeción a la reincidencia como una discriminación inconstitucional, no tiene fundamento, ya que el legislador se encuentra en potestad de manera general de fijar las escalas penales, pudiendo éste encontrar buenas razones para elegir penas perpetuas o temporales, atendiendo a la gravedad del hecho delictivo y así mismo puede tener en cuenta las circunstancias personales del autor de modo que influyan en la pena. Alude en autor que el tratamiento de distinción con los reincidentes se encontraría justificado en el desprecio aludido hacia la pena.<sup>83</sup> Toda vez que “en la admisión de esta facultad del legislador radica la razonabilidad de los efectos más gravosos de la reincidencia”<sup>84</sup>

Esta interpretación adoptada para aprobar la constitucionalidad de un trato agravado a los reincidentes supone criterios propios del sustancialismo penal, que se guía por una posición positivista, en la que la validez de la ley se sustenta únicamente en el

---

<sup>81</sup> Florentino, González, “Lecciones de derecho constitucional”, (Librería de Rosa y Bouret, París, 1871) 61, citado por Roberto Gargarella, *El derecho a la igualdad: Aportes para un constitucionalismo igualitario* (Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007) 314-315.

<sup>82</sup> Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 332.

<sup>83</sup> García, *Reincidencia y punibilidad*, 132-33.

<sup>84</sup> *Ibid.*, 132.

acto de producción de la norma, valorando simplemente la mera legalidad. Sin tomar en cuenta el contenido de la norma en relación a los derechos constitucionales, comprendido como estricta legalidad. Y que como lo establece Ferrajoli, esta posición:

[S]e propone como una técnica legislativa dirigida a excluir las regulaciones que giren en torno a personas, a su personalidad o a su status; para dar paso a reglas de comportamiento que establezcan una prohibición de una acción u omisión imputable a la culpa del autor. Dicho de otro modo, las leyes penales no pueden recoger cualquier hipótesis indeterminada de desviación (como por ejemplo aspectos tachados como inmorales o antisociales o aquellos conectados a la maldad del delincuente), sino únicamente conductas empíricas determinadas, exactamente identificables y adscribibles a la posibilidad de reproche al agente de la infracción.<sup>85</sup>

Garantía que en un Estado democrático no puede ser vulnerada, pues de lo contrario, se estaría justificando la vigencia de sistemas totalitarios en los que se juzgaba a las personas por lo que eran, aprobando cuestiones discriminatorias basadas en la personalidad. Lo cual supone admitir leyes válidas formalmente en cuanto a su producción sin importar si su contenido es injusto o no. Y lo que resulta más absurdo es que el Estado y sus autoridades tomen en cuenta el propio fracaso de la pena en su objetivo de la rehabilitación, para aumentar la condena subsiguiente de una persona. Aduciendo mayor culpabilidad del agente, sin hacer un examen de las condiciones sociales, económicas o patológicas que pudieron influir en la insensibilidad del sujeto hacia la pena. Debiendo preocuparse, por las condiciones inhumanas a las que, el propio Estado le somete al enviarlo a la cárcel y que insiste mantenerlo en ese entorno, que más que CRS se han convertido en una especie de escuela de perfeccionamiento del crimen, para luego en base a su personalidad y pasado judicial, aplicar toda su fuerza represiva, fortaleciendo graves procesos de rechazo social.

## **2.2. Garantía de la Presunción de inocencia**

La presunción de inocencia, como eje fundamental del debido proceso aparece inicialmente como un arma de defensa de los ciudadanos frente a las actuaciones del poder absoluto de los gobernantes o monarcas. Que por lo general, atropellaban las libertades del ser humano, sobre todo dentro del sistema penal, caracterizado por su crueldad, en el que se juzgaba y condenaba de modo desenfrenado y sin control. Entorno

---

<sup>85</sup> María Paulina Araujo Granda, «El principio de estricta legalidad de Ferrajoli y la construcción e interpretación de leyes penales», en <http://www.araujoasociados.net/index.php/articulos/124-legalidad-y-leyes-penales>, fecha de acceso 25 de enero de 2019.

que va mejorando con los pensadores ilustrados como Beccaria, que paulatinamente van imponiendo cuestionamientos a la irracionalidad de las penas; características que las transformaban en inútiles, para llegar a una justicia efectiva y proteger el control social. Empleándose únicamente como medios de sometimiento de pequeños grupos de poder en contra de aquellos que de algún modo se oponían o resultaba un problema para la consecución de sus intereses, sin considerar mínimamente su inocencia.

Replanteándose en adelante con los procesos revolucionarios, un nuevo Derecho Penal, en el que la presunción de inocencia adquiere una significativa connotación como una auténtica garantía elemental, exaltándose lo que postulaba Beccaria, esto es que: “Un hombre no puede ser considerado como culpable antes de la sentencia de un juez [...] ante la ley es inocente hasta que el delito se haya probado”<sup>86</sup>, exigiéndose, por tanto, la presencia de un sistema probatorio eficaz para demostrar la verdad de los hechos y la culpabilidad del acusado en relación a estos.

La presunción de inocencia, tanto doctrinaria como jurisprudencialmente se reconoce como una protección de los ciudadanos frente a la potestad punitiva del Estado. Se cristaliza como el verbo central de todo proceso penal que implica la realización de otros principios del debido proceso. Es así que según Ovejero Ana María “La presunción de inocencia es una de las garantías con las que pretende asegurar el derecho de libertad de todo hombre frente a una posible restricción de la misma, llevada a cabo por actos de los poderes públicos en incumplimiento de la ley o por abuso del poder”<sup>87</sup>

Para desvirtuar el estado de inocencia de una persona, es indispensable el cumplimiento de ciertos requerimientos; primero que se lleve a cabo un juicio ante el juez imparcial y competente, y segundo que el juez como garante de los derechos valore los elementos probatorios que se presenten. Pruebas que obligatoriamente deben ser legales y suficientes para demostrar la culpabilidad del acusado en el cometiendo del acto ilícito y la materialidad del tipo penal. Y solo cumplidos estos presupuestos, la intervención penal y la aplicación de una medida sancionatoria se encontrarían justificada y sería legítima. Siendo improcedente que la persona pueda sufrir limitaciones a su libertad, en base a criterios que valoren su personalidad, debiendo remitirse estrictamente a las pruebas sobre el hecho denunciado.

---

<sup>86</sup> Ana María Ovejero Puente, *Constitución y Derecho a la Presunción de Inocencia* (Valencia: Tirant lo blanch, 2006), 30.

<sup>87</sup> *Ibíd.*, 43.

Este principio no solo goza de vigencia normativa oficial, se extiende a una vigencia social. Internacionalmente se halla reconocido en la CADH, específicamente en el artículo 8 numeral 2, que dispone: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”<sup>88</sup> Del mismo modo, se reconoce en la DUDH, en el artículo 11 numeral 1 que expone: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”<sup>89</sup>; entre otros Instrumentos ratificados por el Ecuador.

Dentro del ordenamiento jurídico interno, como garantía básica del debido proceso, la presunción de inocencia la encontramos en el artículo 76 numeral 2 de la CRE, que expresa: “Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.”<sup>90</sup> Esta garantía se dirige primordialmente a la protección de la libertad personal como derecho fundamental del ser humano; frente a la aplicación de fuertes procesos represivos empleados por el Estado para enfrentar los conflictos sociales y que en muchos casos han terminado afectando a personas inocentes.

La presunción de inocencia, no solo opera en el ámbito procesal, se extiende al trato que recibe una persona; por parte de la policía, de los fiscales durante las investigaciones para la obtención de las pruebas, que no solo deben ser de cargo sino por objetividad deben dirigirse también a buscar las pruebas de descargo; y de los operadores de justicia, evitando la ejecución de procedimientos guiados en prejuizgamientos y por último el trato que profiere la propia sociedad.<sup>91</sup>

Es decir, su vigencia se extiende al ámbito extraprocesal, ampliándose en este punto hacia los medios de comunicación, que hoy en día juegan un rol importante en los procesos penales, llegando incluso a influenciar mediáticamente la conducción de los juicios, debido al escándalo y descalificación que contienen las notas informativas, juzgando y desacreditando a las personas acusadas, presentándolas ante la colectividad como verdaderos delincuentes, quebrantándose de esta manera la presunción de

---

<sup>88</sup> Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)*, 18 de julio de 1978, art. 8 numeral 2.

<sup>89</sup> ONU Asamblea General, «*Declaración Universal de los Derechos Humanos*» 10 de diciembre de 1948, art 11 numeral 1.

<sup>90</sup> Ecuador, *Constitución de la República*, art 76 numeral 2.

<sup>91</sup> Eduardo Giancarlo Alcocer Pavis, “La Reincidencia como agravante de la pena. Consideraciones Dogmáticas y de Política criminal” (Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, s. f.), 153.

inocencia. Realidad que es más notoria ante casos de reincidencia en los que por el solo hecho de contar con antecedentes penales se lo atribuye culpabilidad y se los condena socialmente.

Dentro de un Estado en el que rige el sistema penal adversarial acusatorio, la presunción de inocencia representa un derecho elemental del acusado a no ser castigado sin pruebas objetivas, y que le compete al acusador o Estado obtenerlas y practicarlas conforme a derecho, para probar la culpabilidad del procesado pues no es obligación de este último demostrar su inocencia. Doctrinariamente este principio que se ve compuesto por el de culpabilidad, entendido este último como presupuesto que desvirtúa la inocencia y faculta la imposición de una pena.<sup>92</sup>

La culpabilidad como reproche que se realiza a la persona por el cometimiento de un delito es la categoría que ha constituido el fundamento para la punibilidad agravada de la reincidencia, ya que se considera que, ante estos casos, la culpabilidad es mayor. Ya que, parafraseando a Muir Puig, se considera existe una mayor gravedad de culpabilidad, porque se acredita que quien fue anteriormente sancionado al cometer un nuevo delito estaría actuando con plena comprensión de la ilicitud del acto, y por ende el reproche debería ser mayor.<sup>93</sup> Comportamiento rebelde que conlleva el aumento de la sanción para quienes no adapten su conducta a los mandatos o prohibiciones de la norma.

Teoría que dentro de una concepción garantista del Derecho Penal, ha sido enérgicamente criticada, ya que acorde al tratadista Schüler Springorum, valorar la mayor culpabilidad del reincidente significaría admitir una presunción empírica contra reo, lo cual resulta inaceptable, pues “si el mayor “reproche” se basa en el conocimiento de las consecuencias punitivas, toda conducta delictiva realizada por los operadores del derecho (abogados, fiscales o jueces) merecerán siempre una sanción más grave”<sup>94</sup>. Entorno incongruente e incompleto, que desde esta posición justificaría la agravación de la sanción del reincidente, únicamente en base a un elemento de la culpabilidad. Que es el conocimiento de la punibilidad del acto por el cometimiento del delito anterior, pero se está dejando por fuera el otro elemento de esta categoría, que es la capacidad suficiente del individuo de motivarse por la ley penal.

---

<sup>92</sup> Carlos Quinchuela Villacis, “Sistema Penal Adversarial o Acusatorio”, *Derecho Ecuador*, 13 de junio de 2017, <https://www.derechoecuador.com/sistema-penal-adversarial-o-acusatorio>.

<sup>93</sup> Alcocer Povis, “La Reincidencia como agravante de la pena. Consideraciones Dogmáticas y de Política criminal”, 34.

<sup>94</sup> Córdoba Juan y Rodríguez Gonzalo, comentarios al Código Penal, Tomo I, Barcelona 1972, citado por Ibid.

Y de modo evidente lo que significa “La recaída en el delito es demostración de menor capacidad de su autor para conducirse conforme a las exigencias que le formula el derecho.”<sup>95</sup> Que puede producirse debido a distintos factores como la falta de oportunidades, marginación, falta de educación, y que según Serrano Gómez, termina afectando la “libertad de decisión”. Por lo que “Si el reproche se hace a la persona que comprendió la criminalidad de su acto y pudo conducirse de otra manera, no se entiende por qué se agrava la pena de quien demuestra lo contrario con los hechos”<sup>96</sup> presentándose por el contrario, un reproche menor que debería llevar a la reincidencia más bien a atenuar la pena.

La punibilidad de la reincidencia como agravante de la pena, genera una especie de presunción iuris et de iure de peligrosidad, ya que con el solo hecho de que la persona tenga una condena anterior, se determina probada su perversidad. Considerándolo como un verdadero autor violento y peligroso que representa un gran riesgo para la sociedad., Y que rescata los valores del Derecho penal del enemigo que posibilita el desborde del poder punitivo, procediendo a valorarse las cualidades personales, con lo que “la dignidad humana va a resultar pisoteada en aras de un defensismo a ultranza, y los ciudadanos van a verse entregados no a la seguridad de la norma sino a la indeterminación de los criterios personales con los que se va a ‘administrar’ la peligrosidad”<sup>97</sup>.

Pero el mayor reproche a la reincidencia, que sin duda asegura mayor tiempo de permanencia privado de libertad, se ha presentado ante la sociedad como la medida más adecuada para proteger la seguridad de aquellos antisociales considerados como peligrosos. Sin embargo, esta afirmación no es del todo cierta ya que invocar la peligrosidad, como lo determina la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía.<sup>98</sup>

Por lo que, el Estado al incrementar la pena por reincidencia basada en el criterio de la “personalidad” del agente, claramente se encontraría sancionándolo por lo que es y

---

<sup>95</sup> García, *Reincidencia y punibilidad* (Buenos Aires: Astrea, 1992), 117.

<sup>96</sup> Edgardo A. Donna, *Reincidencia y culpabilidad* (Buenos Aires: Astrea, 1984), 72.

<sup>97</sup> *Ibíd.*, 45.

<sup>98</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fermín Ramírez vs Guatemala. Sentencia de (Fondo, Reparaciones y Costas), de 20 de junio de 2005.

no por el comportamiento realizado por este sujeto. Vulnerándose el principio de culpabilidad y la presunción de inocencia. Actuaciones que para un Estado de Derechos significaría “una quiebra absoluta de los principios básicos de libertad, seguridad y justicia que fundamentan el contrato social y es por ello por lo que el Derecho Constitucional a la presunción de inocencia constituye el presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso”<sup>99</sup>

Debiendo la pena imponerse de manera exclusiva por un acto más no por las cualidades personales del actor o su pasado judicial, ya que como expresa Eugenio Raúl Zaffaroni, “un derecho que reconozca pero que también respete la autonomía moral de la persona, jamás puede penar el ‘ser’ de una persona, sino sólo su hacer, desde que el derecho es un orden regulador de la conducta humana”<sup>100</sup> Ratificar la aplicación del derecho penal de autor se convertiría en una regresión para el garantismo penal, en el que, la presunción de peligrosidad bajo ninguna posición puede considerarse legítima.

### **2.3. Principio del Non bis in ídem (Prohibición de doble juzgamiento)**

El Non bis in ídem o prohibición de doble juzgamiento, según Rafael Márquez Piñero, implica que “una persona no puede ser juzgada dos veces por los mismos hechos que se consideran delictuosos a fin de evitar que quede pendiente una amenaza permanente sobre el que ha sido sometido a un proceso penal anterior.”<sup>101</sup> Es una garantía que impide que la persona sea juzgada más de una vez por el mismo hecho delictivo, sin importar si ésta inicialmente hubiese sido condenada o absuelta. El proceso culmina y no puede reactivarse una nueva persecución por el mismo hecho. De acuerdo a lo señalado por la doctrina se concibe como un principio general del Derecho, que promulga el respeto a la cosa juzgada, evitando la persecución penal múltiple en los que exista identidad tanto de sujeto, de hechos y fundamento. Principio con incidencia tanto en el Derecho penal sustantivo como en el Derecho penal procesal, cuyo fin es limitar la irracionalidad de juzgamientos y condenas, que no se ajustan al debido proceso.

La importancia de ese principio se halla dada al igual que otros, por los Instrumentos Internacionales, que lo reconocen plenamente generando obligaciones de

---

<sup>99</sup> Jesús Martínez Garnelo, *La presunción de inocencia en Materia Penal ¿Principio, Garantía o Derecho Procesal?* (México: Porrúa, 2013), 481.

<sup>100</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 1ra Edición (Lima: Ediar, 1990), 73.

<sup>101</sup> Roger Cabrera-Paredes, “La reincidencia vulnera el “Non bis in ídem”, (Lima: *Ciencia Amazónica (Iquitos)*, 2011), 83.



respeto y cumplimiento para todos aquellos Estados partes. De este modo, el PIDCP, como instrumento fundamental de protección de las libertades civiles y políticas de los seres humanos, en su art. 14 numeral 7, dispone que: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.”<sup>102</sup> En el mismo sentido reconoce la prohibición de doble juzgamiento la CADH, en el art. 8 numeral 4.

La Constitución de la República vigente, promueve la ejecución de un sistema penal racional, respetuoso del debido proceso, asegurando el respeto de una serie de garantías básicas que lo componen para acceder a una verdadera justicia. Es así que la norma constitucional como presupuesto del derecho a la defensa, en el art. 76 numeral 7 literal i) dispone: “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.”<sup>103</sup> Debiendo por tanto, todas las normas del ordenamiento jurídico dictarse y aplicarse siempre dentro de un marco estricto de respeto al principio non bis in ídem, por cuanto “no se debe permitir que el Estado, con todos sus recursos y poder, haga repetidos intentos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad.”<sup>104</sup>

El non bis ídem, es un principio que se hallaría compuesto de un sustrato procesal (no juzgar dos veces) y de un sustrato material (no sancionar dos veces). Lo cual garantiza una efectiva protección ante las manifestaciones excesivas del poder punitivo, traducidas en múltiples persecuciones o condenas. No obstante, ante la prohibición de este principio, surgen situaciones de inminente conflicto, cuando el COIP le asigna a la reincidencia la calidad de circunstancia agravante, que conlleva el aumento de la pena por la nueva infracción, resucitando consecuencias negativas de un delito anterior que se considera quedado saldado al cumplirse la condena impuesta. Determinación jurídica que se contrapone a los principios limitativos de la represión penal; que buscan controlar la irracionalidad del poder, siendo uno de estos, el Non bis in ídem o Ne bis in ídem.

---

<sup>102</sup> ONU Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966), art 14 numeral 7.

<sup>103</sup> Ibid. art. 76 numeral 7 literal i.

<sup>104</sup> Julio B. J., Maier, “Derecho Procesal Penal. I Fundamentos”, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1999, p. 602, citado por Mariángeles Arnáez, Reincidencia. Principios constitucionales lesionados. En <http://ley.exam-10.com/pravo/14507/index.html>, fecha de acceso 15 de febrero de 2019.

Al imponer al reincidente una pena más severa, en consideración al hecho que ya fue juzgado y condenado, se está afectando el componente material del principio non bis in ídem, ya que como Bacigalupo señala “no solo se vulnera este principio sancionando al autor más de una vez por el mismo hecho, sino también cuando se lo juzga por el mismo hecho en más de una oportunidad”<sup>105</sup>. Y que se presenta con el tratamiento a la reincidencia, ya que el hecho delictivo primigenio no ha quedado atrás, vuelve a ser considerado para la imposición de una nueva condena. Sin descuidar que vulneración al non bis in ídem puede darse tanto con el nuevo enjuiciamiento, como por una nueva condena por un mismo acto, según el subprincipio de prohibición de doble punición, que se transgrede.

En cumplimiento irrestricto del principio non bis in ídem, tanto en su aspecto procesal como material, lo correcto es que se juzgue el nuevo delito independientemente, valorando exclusivamente las condiciones que le rodean éste, sin extenderse a una valoración de hechos anteriores que ya se resolvieron con independencia en el momento procesal oportuno, siendo ilógico que sus consecuencias perduren el tiempo y más aún si es para empeorar la situación de la persona en el futuro, estigmatizándolo de por vida, pues sus errores pasados, se convierten en una especie de cadena que la llevará perpetuamente, pues sus efectos no cesan.

Dar paso a la valoración múltiple de los delitos cometidos con anterioridad, implica permitir que renazcan los hechos juzgados en el pasado, siendo más irracional que a esta circunstancia se le considere como el fundamento para imponer una pena más grave a la que legalmente le corresponde acorde al principio de legalidad. Tratamiento jurídico que irrespeta un sistema penal de garantías, en el cual:

Las consecuencias de un delito ya juzgado no pueden resucitar en la vida de una persona, pues ello constituiría un impedimento para el logro del fin de “reintegración social” de la respuesta punitiva, significando un modo de hacer presente el estigma de la condena anterior, configurativo de un trato cruel, inhumano y degradante, contrario al principio de humanidad de las penas.<sup>106</sup>

Entonces nos cuestionamos ¿por qué añadirle un plus a la sanción que debiera imponérsele por el nuevo delito?, si la persona ya fue juzgada y ya pago su condena;

---

<sup>105</sup> Enrique Bacigalupo, *Justicia Penal y Derechos Fundamentales* (Madrid: Marcial Pons, 2002), 95.

<sup>106</sup> Gustavo Vitale, *Inconstitucionalidad de la Reincidencia, Dos fallos Ejemplares*, Revista Pensamiento Penal, 24. En <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2005/05/doctrina30140.pdf>, Fecha de acceso, 20 de enero de 2019.

¿porque reactivarla? ¿será acaso que el sentenciado nunca terminará de cumplir con su condena? siendo incluso más impropio el valor discordante que se le brinda al principio de cosa juzgada. Presupuesto jurídico cuyo efecto es impedir una doble punición, sin embargo, en el caso del castigo por reincidencia, éste más bien actúa como fundamento para agravar drásticamente la nueva pena. De modo que “[l]a reincidencia en la medida en que se traduce en una mayor gravedad de la pena del segundo delito, viola el mencionado principio, puesto que esa mayor gravedad es resultado del anterior delito, ya juzgado en definitiva”<sup>107</sup>

Legitimar el fortalecimiento de la intervención punitiva en contra de quien se han identificado como reincidente para el Derecho Penal garantista, no es lo más apropiado pues “cuando un condenado, después de haber enfrentado un sufrimiento efectivo, vuelve a delinquir, da una señal manifiesta de que desprecia ese sufrimiento y que para él no es freno suficiente esa suma de penas. En tal caso sería inútil renovar contra él la misma pena.”<sup>108</sup> Entonces, no es absurdo pretender resolver el problema, con el solo aumento de la dosis de sanción que no ha mostrado ser adecuada para prevenir el cometimiento de delitos.

Con la penalización de la reincidencia como un instrumento de agravación punitiva, la vigencia del principio non bis in ídem ha sufrido reveses; que afectan a los pilares de todo sistema jurídico democrático. Vulneración del debido proceso que acarrearía la inconstitucionalidad y por ende su erradicación del ordenamiento, cesando los efectos nefastos de la ampliación punitiva. Sucesos que en un determinado momento fueron correctamente valorados por otros Estados, como el Perú, que para el año 1991 eliminó la figura de la reincidencia del sistema penal, por considerarse una institución carente de sentido jurídico y humanidad.<sup>109</sup> Pero que lamentablemente más adelante, el 09 de mayo de 2006, esta figura reaparecerá incluso con más dureza como circunstancia agravante de obligatoria aplicación por los Jueces. Siendo el propio Tribunal Constitucional peruano, el que ratificaría la constitucionalidad de la reincidencia, al dictar la sentencia Nro. 0014-2006-PI-TC, en la que considera a la consagración de esta figura jurídica como causal genérica agravante de la pena, que no vulnera el principio Non bis in ídem; “en tanto el acto delictivo reincidente no es objeto de una doble imposición de pena, sino de una sola, aquella prevista por el dispositivo que consagra su tipo penal,

---

<sup>107</sup> García, *Reincidencia y punibilidad*, 127.

<sup>108</sup> *Ibíd.*, 27.

<sup>109</sup> Cabrera-Paredes, “La reincidencia vulnera el ‘Non bis in ídem’”, 85.

aunque agravada como consecuencia de la existencia de antecedentes respecto al mismo tipo penal.”<sup>110</sup>

A esta posición se ha sumado en la actualidad la jurisprudencia de Colombia, muestra de ello, encontramos a la sentencia C-181-2016, dictada por la Corte Constitucional de este país, dentro de la demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 46 de la Ley 1453 de 2011, que modifica el artículo 39 de la Ley 599 de 2000, que establece la duplicidad de multa (agravante) por reincidencia en delitos dolosos y preterintencionales condenados dentro de los 10 años anteriores a la comisión del nuevo delito. Sentencia que luego de un extenso análisis meramente dogmático–jurídico, llega a una conclusión vana, expresando que la normativa que contempla a la reincidencia como agravante de la pena, no afecta al principio del non bis in ídem, porque:

constituye en una medida de agravación punitiva que no se torna irrazonable, ya que la labor del juez al aplicar la norma que contiene el agravante punitivo, examina el nuevo delito, sin realizar valoraciones de la sentencia precedente que dan cuenta de la reincidencia del sujeto activo actual. Es claro que el juez penal, no realiza un nuevo juicio a los hechos precedentes, ni a la suficiencia de la pena impuesta anteriormente, pues en este caso la certeza legal está protegida por el principio de cosa juzgada. Esta situación tiene justificación constitucional, pues consulta el fin preventivo y resocializador de la pena, entendido este último como el establecimiento de obligaciones de doble vía.<sup>111</sup>

De los argumentos expuestos, tanto por la jurisprudencia peruana como colombiana, se evidencia que el estudio realizado sobre la reincidencia ha sido superficial, sin contemplar la integralidad y complejidad que representa este fenómeno. Bajo el examen constitucional, si bien no existe una duplicidad de pena por un mismo hecho en sentido estricto, si se produce una doble valoración del hecho que ya fue condenado, generando este acto, inclusive consecuencias ultractivas y agravantes al nuevo delito que debiera juzgarse de modo soberano. Juicio de valoración que transgrede al principio non bis in ídem material, al subprincipio de prohibición de doble valoración y punición y al de cosa juzgada, al reactivar las consecuencias de un hecho anterior (antecedentes personales) para agravar las consecuencias del nuevo comportamiento de modo irracional e inútil. Pues como bien ha señalado Zaffaroni, hasta el momento ninguna teoría o argumentación ha sido capaz de explicar la funcionalidad de la reincidencia sin que afecte la intangibilidad de la cosa juzgada.

---

<sup>110</sup> Ibid., 88.

<sup>111</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-181-16, No. Expediente D-10946 (13 de abril de 2016).

En consecuencia, la agravación de la pena por reincidencia permite estimar un hecho anterior para fundar la medida de la pena del nuevo delito. Esto significa en la práctica lesionar sub principios del non bis in ídem, ya que como expresa Zaffaroni, el “plus de poder punitivo que habilita la reincidencia se funda en razón de un delito que ya fue juzgado o penado, por lo que aquello importaría una violación constitucional del ne bis in ídem.”<sup>112</sup> Vulneración que se extiende a otros principios conexos como son la legalidad y proporcionalidad, posicionándola a la reincidencia de acuerdo a Donna, en una figura inconstitucional que habilita la mayor represión.

#### **2.4. Principio de Proporcionalidad de la pena**

Desde su conceptualización se conoce a la proporcionalidad, como un principio de gran relevancia al momento de limitar las intervenciones punitivas y el rigor de medidas sancionatorias a imponerse, que necesariamente deben guardar relación con el daño o la lesión causada por la conducta ilegal. “A consecuencia de su vigencia, la violencia que se ejerce como medida de coerción nunca puede ser mayor que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de la pena, en caso de probarse el delito en cuestión, siendo los jueces quienes deben determinar este equilibrio”<sup>113</sup> Es un principio que nace para impedir los excesos de las persecuciones estatales. Restricciones que de acuerdo a Julio Maier, se dirigen tanto al momento de la creación de la normativa, es decir a los legisladores, como al de aplicación del Derecho por parte de las autoridades jurisdiccionales. Quienes como garantes de los derechos fundamentales deben analizar y tener en cuenta las circunstancias del caso en concreto para determinar la idoneidad y necesidad de la medida coercitiva a imponerse.

Es indispensable que al resolver los conflictos de criminalidad, exista una debida coherencia al momento de imponer las penas, ya que el Derecho Penal, siendo el arma más violenta con la que cuenta el Estado, no puede emplearse de modo desmedido, debiéndose por el contrario “escoger entre irracionalidades, para impedir el paso de las de mayor calibre, no puede admitir que a esa naturaleza no racional del ejercicio del poder punitivo, se agregue una nota de máxima irracionalidad, por la que se afecten bienes de

---

<sup>112</sup> Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 769.

<sup>113</sup> Marcelo A. Solimine, *Excarcelación*, Revista de Derecho Procesal Penal (Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005), 171.

una persona en desproporción grosera con el mal que ha provocado”<sup>114</sup> a fin de mantener un balance entre costos y beneficios de la medida penal.

La intervención coercitiva dentro de una sociedad democrática comprometida con los derechos y garantías fundamentales requiere ser razonable con contenido valorativo-ponderativo entre los intereses que busca proteger el Estado y el sacrificio de los derechos individuales, que no pueden excederse de la gravedad de los hechos atribuidos al acusado, ya que de sobrecargarse un plus punitivo esta medida, sin duda, resultaría desproporcionada e inadmisibles para un sistema constitucionalmente garantista, debido al incumplimiento formal y material de los presupuestos básicos del principio de proporcionalidad, como barrera ante las arbitrariedades e injusticias.

Aun cuando no se ha ubicado textualmente el principio de proporcionalidad en los principales Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos; como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o en la Convención Americana de Derechos Humanos. Jurisprudencialmente ha sido reconocido de manera sólida y amplia. Ratificándose su importancia y vigencia dentro del ámbito normativo y con mayor operatividad en el área penal a fin de poner freno a los abusos del Estado dotado de poder de castigo, que requiere ser controlado de forma permanente. Al respecto, es preciso mencionar, la sentencia de la CIDH, dentro del caso denominado “Gangaram Panday vs Surinam” dictada en el año 1994, en la que establece de forma textual y clara que nadie podía “ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos (...) faltos de proporcionalidad”<sup>115</sup> puesto que la reacción punitiva ante un conflicto debe ajustarse necesariamente a la gravedad del ilícito según la afectación al bien jurídico protegido que pone en riesgo el bienestar social.

Partiendo de los fundamentos expuestos por la jurisprudencia y la doctrina sobre la proporcionalidad de la pena, para el efectivo cumplimiento de este principio es necesario el respeto de otros sub principios básicos que lo integran. Estos son:

1.-Necesidad.- la medida es necesaria para enfrentar la problemática, siendo que no existe otra medida menos lesiva para los derechos de los seres humanos y que podría aplicarse en este caso.

---

<sup>114</sup> Eugenio Zaffaroni, Derecho Penal, Parte General, 2da. Edición, Buenos Aires, 2002, citado por Alcocer Pavis, “La Reiniciencia como agravante de la pena. Consideraciones Dogmáticas y de Política criminal”, 128.

<sup>115</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gangaram Panday Vs. Surinam (21 de enero de 1994).

2.- Idoneidad.- la medida empleada debe ser la más adecuada para obtener los fines perseguidos y neutralizar el peligro.

3.- Proporcionalidad en sentido estricto.- se refiere a que la medida debe tener en cuenta los derechos e intereses que serán afectados frente a los fines que el Estado busca alcanzar.

De modo específico y plenamente reconocido en nuestra norma fundamental, el principio de proporcionalidad se encuentra reconocido, en el artículo 76 numeral 6, el cual dicta: “la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales [...]”. Disposición constitucional que genera a las autoridades legislativas, la obligación de establecer penas controladas en función directa de los daños y la vulneración ocasionada por los actos contrarios a los derechos del prójimo y a los bienes jurídicos tutelados por el Estado, revestido de relevancia para ser objeto de protección a fin de precautelar la vigencia de una convivencia social.

Este principio como se había expuesto tiene un ámbito de influencia extenso, para su efectiva operatividad que obliga en primera instancia al legislador como ente creador de las normas jurídicas que regulan los comportamientos humanos dentro de la sociedad; a fijar las medidas sancionatorias o penas racionales que vayan acorde a la magnitud del hecho ilícito y los efectos dañosos que éste produce. Respetando las garantías materiales y procesales de los ciudadanos, sin excederse de la necesidad de prevención. Y en segunda instancia al juzgador, exaltando el rol que éste ejerce para el acceso a la justicia a realizar una valoración del caso en concreto, para aplicar lo establecido por la ley en abstracto y de acuerdo a un análisis normativo y fáctico imponer una sanción con la debida proporción.

Sin embargo, cuando el artículo 57 del COIP en el último inciso, dispone que de verificarse que el autor de un delito es un reincidente se impondrá la máxima sanción y no conforme con esto aumenta en un tercio la pena, la inviolabilidad de la prohibición de establecer penas desorbitadas o desproporcionadas; entra en tela de duda. Toda vez que la disposición señalada genera una obligación al operador de justicia de imponer penas agravadas, cuya medida podría entrar en conflicto con la coherencia que debe guardar acorde al mal causado por el injusto.

Considerándose que en el caso de reincidencia las sanciones adquieren un carácter draconiano que superan los techos legales establecidos en la ley para cada tipo penal. Sin que se realice un diagnóstico más profundo del hecho y la actuación del infractor que podría encontrarse determinada por varios factores y que al no ser tomados en cuenta,

convierten al endurecimiento de la pena en una medida injusta, sobre todo cuando la pena se centra a la privación de la libertad. Descuidándose en este punto lo señalado por Ferrajoli, sobre el máximo de una pena de encierro, que no podría excederse de 10 años, ya que de superar esta medida de tiempo, produce en el reo efectos negativos irreversibles, quitándole absolutamente oportunidades para rehabilitarse y reinsertarse en la sociedad y no recaer en la vida criminal.

En torno a la problemática que estaría generando la reincidencia en relación al principio constitucional de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional Español, en la sentencia Nro. STC No. 136/1999, crea ciertos parámetros que deben aprobarse para determinar si esta medida atribuida al reincidente resulta proporcionada. Primero se debe comprobar que los fines de la norma sean suficientemente relevantes (disminuir la delincuencia), segundo averiguar si la medida adoptada es idónea y necesaria para el fin propuesto; entrando en cuestionamiento sobre todo este parámetro ya que el incremento de la pena no ha demostrado que es la medida más adecuada para disminuir el crimen y garantizar la seguridad ciudadanía como finalidad perseguida por el Estado.<sup>116</sup> Circunstancia que convertiría a la reincidencia en una medida desproporcional que permite el ejercicio de una mayor intervención punitiva del Estado, que termina afectando ilegítimamente las garantías y libertades de las personas.

Tomando en cuenta los presupuestos que conforman el principio de proporcionalidad se confronta con las argumentaciones que justifican la agravación por reincidencia, contenida en la tabla subsiguiente:

Cuadro 2

### Reincidencia frente al principio de proporcionalidad

Sub-principios:	Justificaciones dadas	Resultados en la práctica
Necesidad	La agravación de la sanción por reincidencia es necesaria para enfrentar el problema de la delincuencia.	La pena de prisión no es la menos lesiva a los derechos, pudiendo aplicarse otras medidas de mejoramiento de los procesos de rehabilitación y reinserción para disminuir el crimen, sin que implique aumento de privación de la libertad.
Idoneidad	Con el incremento de la pena del reincidente se disminuirá los niveles delictivos.	El aumento de las penas de privación de la libertad, no es la medida más adecuada para resolver el problema del crimen en ningún caso, debido a

<sup>116</sup> TC Español, STC136-1999. Alcocer Povis, “La Reincidencia como agravante de la pena. Consideraciones Dogmáticas y de Política criminal”, 136.



		los efectos negativos que el encierro genera en la persona.
Proporcionalidad en sentido estricto:	Las libertades de los reincidentes se ven limitadas mayormente para garantizar la seguridad ciudadana.	Los derechos de los reincidentes se ven afectados inútilmente ya que esto no asegura mayor seguridad a la ciudadanía.

Fuente: Sentencia Nro. STC n° 136/1999

Elaborado: Adriana Monteros

Existen no obstante, posturas que defienden que la reincidencia no constituye una afectación al principio de proporcionalidad. Así la Corte Constitucional de Colombia al validar la posición referida, explica que el Legislador está dotado de una amplia potestad de configuración normativa para establecer la política criminal del Estado y dosificar las penas y establecer las atenuantes y agravantes, y por tanto si ésta ha considerado darle una mayor severidad en el caso de reincidencia, es lo justo y correcto.<sup>117</sup> Mientras que otras posiciones, justifican la aplicación de un plus en la sanción al reincidente, afirmando que al cometerse un nuevo ilícito. El reincidente causa una mayor lesión a los bienes jurídicos y a un interés diverso constituido por el "derecho general de seguridad correspondiente a todo ciudadano"<sup>118</sup> generando a la población mayor alarma social, lo cual exige medios inhibitorios suficientes para frenar la perseverancia del agente en el delito, determinando Zamora que el incremento de la pena a la reincidencia, responde a la lesión de un bien jurídico específico según el delito y a la lesión de un objeto genérico, lo cual generaría un posible conflicto con el principio de lesividad, puesto que la simple reiteración delictiva no asegura un mayor daño.

Pero ante estas tesis extremadamente formalista de la mera legalidad, es necesario resaltar que dentro de un modelo garantista instaurado por el Estado Constitucional de Derechos, las facultades normativas de los legisladores no son absolutas. Encontrándose más bien estas facultades duramente controladas y limitadas por las garantías y derechos constitucionales, que obligan al momento de establecer y dosificar las penas, fijar los mínimos y máximos de la sanción, acorde a la gravedad del delito y al bien jurídico protegido lesionado. Por cuanto no pueden establecerse medidas restrictivas sobre los derechos fundamentales de manera abierta o ilimitada.

Representando definitivamente la prohibición de exceso, un parámetro fundamental en la creación, aplicación y ejecución del Derecho penal, para contrarrestar

<sup>117</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-181-16. p 39.

<sup>118</sup> Martínez de Zamora, *La reincidencia*, 51.

la desproporción de la persecución penal, que van más allá de los límites de la prevención del delito. Toda vez que dentro de un Estado garantista, “sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas”<sup>119</sup>. Implantando una restricción total a todas aquellas arbitrariedades y abusos del poder que hoy en día no pueden ser permitidas ni toleradas por un sistema garantista de derecho, cuyo mayor deber es el respeto a la dignidad humana, la igualdad y los derechos fundamentales de todos sus habitantes, sin distinciones negativas.

---

<sup>119</sup> Sentencias de la Corte Constitucional C-070 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En el mismo sentido, ver las sentencias C-118 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-148 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

## Capítulo Tercero

### Estudio de la reincidencia y su etiología.

#### 1. Estructura de la reincidencia y sus formas.

La reincidencia muestra un problema criminológico-social de carácter global, cuya persistencia en el delito, se ha dirigido al desarrollo de carreras criminales que van progresando dentro de un determinado entorno social. Aumentando la gravedad de los delitos y sus consecuencias, debido a la especialización delictiva en potencia, que en muchos de los casos difícilmente son descubiertos. De acuerdo a la sintomatología de este fenómeno, para la academia se han reconocido dos formas de reincidencia.

Dentro de la reincidencia como carrera criminal, las personas “hacen del crimen su propia vida o parte prevaeciente de ella. Aquellos ejercitan una profesión criminal lucrativa; habitualmente se concentran en los delitos contra la propiedad [...]”<sup>120</sup> ejecutando un gran nivel de criminalidad, por cuanto su desenvolvimiento lleva implícito el perfeccionamiento continuo de experiencias y técnicas de perpetración delictiva. Mientras que, en la otra forma de reincidencia, esta aquella que se da por desadaptación; aquí según Giannini, la actividad delictiva se produce por cuanto las personas son incapaces de controlar sus acciones e impulsos; debilidad que los conduce a la delincuencia habitual o anormal y que no cesará mientras no se aplique un tratamiento que fortalezca su capacidad de autodeterminación positiva.<sup>121</sup>

Un aspecto notable de análisis en la reincidencia y que genera variadas discusiones, es el hecho de que aun cuando la persona ha sido descubierta y sancionada, ésta continúa delinquiendo. Circunstancia que para las autoridades ha sido considerada como rebeldía del delincuente e insuficiencia del castigo, por lo que, se ha pretendido resolver esta situación con el mero endurecimiento de la norma penal, elevando las penas de cárcel. Respuestas que no han sido las más acertadas, pues del estudio realizado se conoce que la reincidencia no se trata de una simple rebeldía de la persona que delinque. Este comportamiento sugiere, por el contrario, estudios y medidas de atención que se dirijan a todas las posibles causas y factores que estarían produciendo conductas

---

<sup>120</sup> Giannini, “La reincidencia y las carreras criminales”, 517.

<sup>121</sup> Ibid., 518.

reincidentes, ya que es importante de acuerdo a la criminología en primer orden, distinguir el tipo de reincidencia de que se trata, a fin de individualizar su tratamiento acorde al caso. Ya que solo teniendo en cuenta la etiología a la que responde la reincidencia, podría atacarse todos los factores criminales. Según varias investigaciones realizadas por académicos sobre el tema se han determinado que las principales causas de la reincidencia son de carácter social, psicológico y patológico.<sup>122</sup> La presencia dominante de cada una de estas causas determinaría en sí, si la reincidencia se presenta como habitualidad o profesionalización y el tratamiento específico que se requiere para ser superado. Componentes que fijan la complejidad del problema y sus efectos lesivos para los derechos humanos y los bienes jurídicos protegidos, y en general a la seguridad de la sociedad en su conjunto.

Por lo que, para comprender de mejor manera los patrones criminales y los factores de riesgo en casos de reincidencia, el estudio de la vida misma y la participación de la persona en actividades delictivas previas es fundamental. Condiciones que serán concluyentes para el cometimiento de hechos sucesivos en confluencia con los efectos del encierro.<sup>123</sup> Sin embargo, en la práctica la ejecución de estudios íntegros sobre la reincidencia han sido deficientes, ya que, para enfrentar este problema de manera general, los Estados le apuestan al endurecimiento jurídico-penal, como única medida. Contemplando en sus legislaciones penales, el incremento de las penas como política central.

Políticas penales que han venido aplicándose por varios países Latinoamericanos, entre estos obviamente el Ecuador, influenciados de modo equivocado por doctrinas penales extranjeras. Extrayendo ciertos fundamentos y presupuestos de estas políticas para adecuarlo a nuestra realidad social y que tienden a distorsionarse. Como ejemplo, podemos hacer referencia a la doctrina estadounidense del "Three Strikes and You're Out", cuyo objetivo ha sido legitimar el aumento drástico de los castigos para quienes han sido sentenciados por más de dos delitos graves. Modelo punitivo que ha sido implementado en varios gobiernos federales de los Estados Unidos, principalmente en California, para reducir las tasas de criminalidad y prevenir la reincidencia (sin lograrlo), ya que, de acuerdo con estas leyes, quien cometía un tercer delito grave o violento era

---

<sup>122</sup> Ibid.

<sup>123</sup> Ibid.

castigado con penas perpetuas, prácticamente siendo eliminado socialmente por el Estado.<sup>124</sup>

Sin embargo, esta política no ha sido suficiente para disuadir la delincuencia, generando en su lugar una fuerte carga para el Estado, quien debe hacerse cargo del condenado hasta su muerte y de los gastos que implica los niveles de población carcelaria. Presupuestos que de algún modo han inspirado en nuestra normativa quizás no de modo idéntico, pero sí en lo nuclear al justificar el aumento severo de los castigos para las personas que han reincidido, creyendo erradamente que así se disminuirá el crimen.

Descuidando por completo la etiología misma del fenómeno, que permita identificar las causas y la naturaleza de la reincidencia acorde a cada caso en concreto, ya que no toda conducta reincidente es igual a otra y por ende el tratamiento no podría ser general. Es importante desarrollar políticas criminales más acertadas que incluyan todos los factores de riesgo, que en mayor o menor grado se hallan presentes en la tipología de la conducta reincidente. Y que muestren los cambios sistemáticos que ocurren en el desarrollo de una carrera criminal en interacción con el sistema de administración de justicia penal y sobre todo con la ejecución penal, con la cual ha estado en contacto por una o más ocasiones y que no han sido idóneas para neutralizar el crimen, atender las necesidades de los privados de libertad, rehabilitarlos y brindar mayor seguridad a la sociedad.

## **2. Principales causas de la reincidencia**

Sin duda, la reincidencia delictiva que aqueja a todos los Estados, se mantiene como un mal complejo, que afecta gravemente a la seguridad de sus ciudadanos, quienes se ven forzados a vivir en zozobra ante los índices de delincuencia. Simboliza uno de los principales problemas que enfrenta el Derecho penal, y que no ha logrado ser solucionada. Claro está, porque se trata de un fenómeno social y no meramente de una institución del Derecho penal; que responde a una serie de causas genéricas y específicas que motivan a las personas a tendencias antisociales, incluso después de haber vivido el sufrimiento que implica una condena; y que los llevan a delinquir de modo reincidente. Situación que se complica cuando la reiteración de conductas ilícitas lleva al impulso de la

---

<sup>124</sup> Daniel Scheunemann de Souza, *La Doctrina de los 'Three Strikes and You're Out' y el Principio de Proporcionalidad en el Constitucionalismo y Jurisprudencia Estadounidenses*, Revista PUCP, 2008, En: [revistas.pucp.edu.pe › index.php › derechoysociedad › article › view](http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/247), 247.

profesionalización criminal, para fundarse como un modo de vida.<sup>125</sup> Hechos que agudizan los niveles de inseguridad proyectando mayor alarma social e incertidumbre en la sociedad, que exige mayor intervención por parte de las autoridades.

Exigencias populares que apoyadas por una fuerte criminología mediática, han sido utilizadas funestamente para justificar la expansión del poder punitivo, con la concluyente violación de derechos y garantías constitucionales que eso conlleva. Es así que seguimos observando que las políticas criminales, hoy en día, siguen prefiriendo el aumento de penas de prisión. Proporciona a los sujetos reincidentes desde el momento mismo de su detención, durante su juicio y más en la condena, un tratamiento de enemigos sociales. Las autoridades legislativas, administrativas y judiciales, al tratar el tema de la reincidencia, descuidan desde un principio a la raíz del problema; no existe un diagnóstico y atención de las causas y factores que la produce. Factores de distinta índole, que para efectos puntuales del tema de investigación se los sintetiza en los siguientes subgrupos:

## **2.1. Factores Sociales.**

Partiendo de la premisa de que todos los seres humanos, son por naturaleza entes eminentemente sociales que se subsisten en constante relacionamiento con otros individuos. Este factor, adquiere un rol fundamental al momento de analizar la reincidencia. Las interacciones entre personas que conviven en determinado entorno o medio geográfico (barrio, familia, grupo de amigos, escuela, iglesia, asociaciones, etc.,) inciden de modo directo, en el comportamiento antijurídico de los individuos. Y se manifiesta a través de las denominadas representaciones sociales, que decretan “una forma de conocimiento específico, el saber del sentido común, cuyos contenidos manifiestan la operación de procesos generativos y funcionales socialmente caracterizados, en sentido más amplio, una forma de pensamiento social”<sup>126</sup>.

Pero, al encontrarse estas representaciones erróneas o contaminadas por conceptos anormales, predisponen a los individuos a comportamientos inmorales, inadecuados e ilegales, que se traducen en transgresión a las normas formales e informales que la sociedad exige a sus integrantes, para mantener un orden y comportamiento armónico. La

---

<sup>125</sup> Giannini, “La reincidencia y las carreras criminales”, 520.

<sup>126</sup> Jesús Elionary Álvarez Valdez, «Análisis de la reincidencia delictiva en términos de las representaciones sociales prescriptivas.», *Cultura y representaciones sociales*, 11 (México; 2017), En: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2007-81102017000100220#fn1](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-81102017000100220#fn1).

influencia del medio social en la delincuencia, es tal; que según la teoría de la anomia de Durkheim, la criminalidad se concibe como un *hecho social normal*, producto de la falta de control social. Pero que, según Merton, el comportamiento desviado es mucho más complejo, que la simple ausencia de normas y valores culturales, por lo que requiere un estudio sistemático, tanto de las causas sociales como culturales.<sup>127</sup> Entre los principales componentes sociales que mediarían para la perpetración delictiva y de manera significativa en las conductas reincidentes, encontramos a:

**a) La escasez de recursos económicos.-** De acuerdo a una serie de estudios ejecutados por la sociología, el aspecto económico asociado a los estratos bajos, ha sido considerado por lo general como sinónimo de la delincuencia. Ya que como bien lo expresa Jorge Correa: “el no poder suplir algunas necesidades económicas y un alto índice de pobreza hacen que las personas delincan con más frecuencia, que fracasen en la reinserción social y por perpetuación regresen a la comisión del delito”<sup>128</sup>. Naturalmente, el no poder cubrir sus necesidades y cumplir sus aspiraciones a través de los medios convencionales impuestos por los estratos sociales de poder, dirige a los individuos menos favorecidos por la organización social, a buscar estos objetivos a través de los medios no convencionales, como es “*el delito*”.

Por lo que, si no se atiende las necesidades básicas y se proporciona al individuo oportunidades que mejoren sus condiciones de vida que los oprime, sin duda, encontrarán en la criminalidad, la mejor alternativa para superar las condiciones de precariedad e injusticia social. Agravándose incluso esta situación, cuando la persona, adopta el crimen como un modo de vida o profesión, lo cual conlleva a la reincidencia delictiva y que repercute en los más pobres. Ya que: “Si bien es cierto que hay muchas personas muy pobres que pueden nunca cometer un delito, existen otros casos en los que los detonantes son tan fuertes, que lo llevan al delito por necesidad, circunstancias que deben ser observados, analizados y atendidas de algún modo, para evitar la criminalización de la pobreza”<sup>129</sup>

**b) Familia Disfuncional.-** La familia como célula o estructura fundamental de la sociedad, representa un factor trascendental en relación al problema de la delincuencia y

---

<sup>127</sup> Ossa López, *La cárcel en Colombia. Espacio para la venganza y la reincidencia*, 105.

<sup>128</sup> Jorge D. Correa Selamé. Fundamentos de la Criminología. Versión digital disponible en: <http://correalex.blogdiario.com/1141496460>; citado por Ossa López, *La cárcel en Colombia. Espacio para la venganza y la reincidencia*, 103.

<sup>129</sup> Gustavo Peñafiel, Coordinador de Régimen Cerrado del SNAI, entrevistado por el autor, 9 de mayo de 2019.

a su vez en el tema de la reincidencia. La presencia de componentes negativos e inadecuados en las relaciones de familia, incrementan las probabilidades de caer en delito de forma reiterativa. El entorno familiar es de tal importancia, que “es el responsable de brindar herramientas de socialización durante el desarrollo y aprendizaje social del ser humano y juega también un papel esencial dentro de la reinserción social y comunitaria del individuo”<sup>130</sup>. La presencia de parámetros inadecuados en la familia, influye de forma decisiva en la conducta desviada de una persona. Y si estos problemas y carencias de valores en las familias de los condenados no han sido atendidos adecuadamente, al cumplir estos su condena y volver a la sociedad, motivarán determinadamente el regreso a la actividad delictiva. Toda vez que, en los casos de reincidencia estudiados, el común denominador de estos hogares es la disfuncionalidad y violencia extrema entre sus miembros y que no desaparecen con el simple encierro. Sobre la importancia de la familia, el Dr. Víctor Cunalata, Juez Penal, indica: “Por ejemplo, un niño que desde niño empezó a tomar algo de una mesa y los papas, no le dijeron que deje ahí; va seguir haciéndolo hasta que sea grande y ya no tomará solo lo que está en una mesa”<sup>131</sup>. Fracaso familiar en la construcción y reproducción de valores éticos, sociales y culturales, que ratificarán conductas criminales y que asegurarán la permanencia del problema de la reincidencia en un Estado.

**c) Desempleo.-** La sociedad establece exigencias de éxito demasiado estrictas y altas frente a posibilidades mínimas que ofrece el Estado, de preparación académica-profesional y de políticas laborales incluyentes. La falta de oportunidades para acceder a un empleo, afirmativamente como señala Ossa López, “constituye la marginación socioeconómica, esta lleva a que el principal proveedor se sienta sin posibilidades para sostener a su descendencia y muchas veces entra en el mundo de la delincuencia por causas económicas, con efectos de perpetuación o agravamiento del ciclo de carencias.”<sup>132</sup>

Realidad notoria en nuestro contexto social que, ha orillado a muchas personas al no contar con estabilidad laboral, para satisfacer de algún modo sus necesidades; al trabajo informal. Sector en el que tienden a ser blancos fáciles de ser captados por organizaciones delictivas, que les ofrecen cambiar sus condiciones de vida y las de su familia, en muy poco tiempo y sin tantos requisitos que cumplir aparentemente.

---

<sup>130</sup> *Ibíd.*, 106.

<sup>131</sup> Barahona Cunalata, Juez de Garantías Penales de Cotopaxi, entrevistado por el autor, 21 de marzo de 2019.

<sup>132</sup> *Ibíd.*, 107.



Ofrecimientos ante los cuales se ven tentados y terminan cediendo de forma reiterativa para contar con los recursos, que no los ha podido percibir por falta de un trabajo estable, debido a su falta de educación principalmente. Por lo que pasan a ser simples instrumentos de las grandes organizaciones criminales, personas que al ser descubiertas, terminan siendo las únicas enjuiciadas y condenadas a prisión. Situación está, que limita aún más el acceso a oportunidades concretas de trabajo tras cumplir una pena, y que los predispone a acudir una y otra vez al crimen, como fuente de trabajo más accesible en sus condiciones, al contar con *antecedentes penales*.

Sobre esto tema; una persona reincidente entrevistada durante la investigación, expresa:

Soy madre soltera, a cargo de dos niños pequeños a quien debo alimentar, y aun que busqué por mucho tiempo un trabajo no me daban, porque no tengo estudios ni referencias, a veces lavaba ropa o limpiaba casas y me daban unos 3 a 5 dólares, pero eso no alcanza para nada, y por una conocida accedí a vender droga (marihuana y cocaína) de ahí tenía buenas comisiones para mis gastos. Era la única forma para mejorar mi situación.<sup>133</sup>

**d) Falta de Educación.-** Los procesos de aprendizaje constituyen un elemento esencial en la formación de una persona. Por ende, el reproducir a lo largo de su vida valores, conceptos, principios y conocimientos correctos; orientarán finalmente a los seres humanos a llevar un comportamiento adecuado y respetuoso de las normas impuestas por la moral y las leyes. Pero, si ésta fracasa o es deficiente contribuye en la deformación de los patrones de conducta del individuo, que terminará por envolverlo en actividades ilícitas para alcanzar objetivos que no los pueden hacer dentro de la legalidad.

Escenario educativo que declina, debido a la ausencia de políticas y programas por parte del Estado para la sociedad en general, y más aún en los centros de rehabilitación social y de privación de libertad. Siendo necesario que los programas en los centros no solo se orienten a la educación básica y superficial del penado, sino que deben centrarse en rescatar y fortalecer el desarrollo potencial de destrezas, habilidades, pero sobre todo valores, que “permitan una reeducación óptima en una igualdad de posibilidades para un individuo que tiene que enfrentarse a un grupo de estigmas difíciles de eliminar”<sup>134</sup> que se ocultan de tras de un estereotipo social. La educación como derecho constitucional y como eje elemental en el tratamiento de rehabilitación social, contemplado así en el artículo 704 del COIP, requiere ampliarse del ámbito académico, como lo señala el Dr.

---

<sup>133</sup> Participante 1, Mujer de 46 años, reincidente, entrevistado por el autor, 21 de marzo de 2019.

<sup>134</sup> *Ibíd.*, 105.

Gustavo Peñafiel, Coordinador del Régimen Cerrado del SNAI, al fortalecimiento de la moral y ética, de tal forma que se implante conciencia, valores y reflexión en los condenados, lo cual jugará un papel sustancial al momento de prevenir la reincidencia.<sup>135</sup>

Acorde al Informe Técnico de la Dirección de Régimen Cerrado, el eje de educación existente a nivel nacional en los centros de sistema de rehabilitación social comprende tres modalidades “escolarizada, no escolarizada y superior” En lo que respecta, a las dos primeras modalidades hasta marzo 2019, estarían involucradas 18.481 personas del total de privados de libertad. Datos que prueban la ausencia elevada de un nivel educativo básico en la mayoría de la población carcelaria, por no decir en su totalidad.<sup>136</sup>

Así lo confirma un joven reincidente durante la entrevista: “Yo no estudie, estuve 5 años en primero y no pude pasar, yo tengo muchos problemas desde que murió mis padres, [...] por mi problema de la drogadicción yo en la prisión paso mal, yo no soy para estudiar, por eso no he accedido a los programas en la prisión”<sup>137</sup> El Estado ante esta realidad, debiere agotar todos los recursos necesarios para garantizar este derecho durante el cumplimiento de la condena y que se entiende no se garantizó a estas personas, cuando se encontraban en libertad y que naturalmente influyeron para el cometimiento de delitos.

En lo que se refiere a la educación superior, la realidad resulta más lamentable y preocupante, por cuanto del propio informe referido, se establece que, del total de la población carcelaria del país, solo 414 privados de libertad se encuentran cursando uno de estos programas.<sup>138</sup> Como se pretende entonces, generar oportunidades efectivas de superación a los presos, que les permitan ciertamente enfrentar a la competencia laboral y profesional que existe fuera de las cárceles. Todo esto nos permite arribar a la conclusión de que el Estado, sobre este aspecto, se ha quedado muy corto.

**e) Discriminación.-** Esta condición lleva hacer una diferencia negativa entre una persona y otra, estigmatizándolos, hasta tolerar el agravio de sus derechos fundamentales. Aquí la responsabilidad que tiene la sociedad en la generación de la delincuencia, al reproducir fuertes procesos de etiquetamiento en contra de los más desfavorecidos, acentuando sus condiciones de marginalidad que les limita un crecimiento personal,

---

<sup>135</sup> Peñafiel, Coordinador de Régimen Cerrado del SNAI.

<sup>136</sup> Dirección de Régimen Cerrado, “Informe Técnico de la Dirección de Régimen Cerrado” (Quito: Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores, 8 de mayo de 2019).

<sup>137</sup> Participante 2, Hombre de 30 años; reincidente, entrevistado por el autor, 24 de junio de 2019.

<sup>138</sup> Dirección de Régimen Cerrado, “Informe Técnico de la Dirección de Régimen Cerrado”

profesional y económico. Por cuanto, la “estigmatización social hace que se incremente la persecución a los sectores menos beneficiados económicamente y dentro de estos al sector de ex reclusos, lo que lleva a que los índices de reincidencia dentro de dicha población pobre y además con antecedentes penales se incremente”<sup>139</sup>

Ya que se reproducen socialmente fuertes procesos de rechazo social basados en estereotipos, llevando a la generalidad de la sociedad, cerrarle prácticamente las puertas a quienes cuentan con antecedentes penales. Obstruyendo toda posibilidad de reinsertarse a la vida civil e inmiscuirse en actividades lícitas que les provean recursos y los aparten de modo definitivo del crimen. Actitudes insensibles de la colectividad que conducen al camino de la reincidencia y que muy poco se ha trabajado por erradicarlas. Pues el etiquetado como delincuente, ya sea producto del resentimiento social, por la exclusión sufrida o por la extrema necesidad de subsistencia, recaerá en el delito.

Siendo que, estas actuaciones sociales lo que estarían logrando, es la afirmación del etiquetamiento en todas las instancias sociales, administrativas y judiciales, que reproducen un trato discriminatorio. Y lo cual representa una contradicción absoluta con el proceso de resocialización de quienes han cumplido una condena, bloqueando hasta la mínima oportunidad de recuperar su vida. Quien se ha visto involucrado en conductas delictivas de manera reincidencia indica: “Me han tratado muy mal, por parte de la policía buscan meterme preso, porque aun que he hecho el mal, cargar drogas, no me han ayudado con mi problema de drogadicción [...] me cogen en donde estoy, al subir a un bus y me requisan. Si me siento discriminado”<sup>140</sup>

## 2.2. Factores Patológicos

Este tipo de factores de algún modo hacen referencia a los postulados de la teoría biologicista de Cesare Lombroso, en el siglo XIX, en la que se consideraba que ciertas características físicas, condiciones orgánicas y biológicas de las personas, determinaban patrones que los conducirían a cometer delitos. Y aun cuando debido a la evolución de la ciencia, esta teoría ha ido perdiendo peso en el ámbito jurídico, por cuanto abría paso al uso punitivo desbordado los factores biológicos no deberían descuidarse del todo, ya que como señala Pérez López, sí coadyuvan a la perpetración de conductas antisociales.<sup>141</sup>

Al producirse en un individuo alteraciones o lesiones en su integridad biológica, podrían ocasionar el desarrollo de condiciones patológicas que generan conductas

---

<sup>139</sup> Ibid., 104.

<sup>140</sup> Participante 2, Hombre de 30 años; reincidente.

<sup>141</sup> Ossa López, *La cárcel en Colombia. Espacio para la venganza y la reincidencia*, 107–8.

incontrolables y que necesariamente deben recibir tratamiento médico apropiado. Patologías que ejercen un papel relevante en el cometimiento reincidente de infracciones, por cuanto la persistencia en delito no siempre obedece a la voluntad o elección de la persona. Responde a perturbaciones o enfermedades mentales que requieren ser controladas a través de un tratamiento y vigilancia médica adecuada al caso, mismos que no suelen proporcionarse durante su estadía en las cárceles. Atención médica que mucho menos continua cuando la persona condenada recupera su libertad, provocando un desenlace en la desviación habitual. Entre estas patologías se han identificado principalmente:

**a) Enfermedades mentales.-** La presencia de enfermedades mentales graves ocasionan serios problemas en el individuo, aumentando generalmente su violencia que se manifiesta naturalmente, ante la ausencia de un tratamiento médico continuo y adecuado, por cuanto suelen ser muy costosos. Encasillándose sus actuaciones descontroladas e impulsivas, en conductas antisociales cargadas de agresividad. Estas condiciones biológicas predisponen a perfiles de violencia, capaces de orientar a actos criminales, debido a los trastornos explosivos de conducta, de déficit de atención o hiperactividad, agresividad en otros.

Patrones que impiden al individuo a autodeterminarse dentro de lo que el control social impone, influyendo en su capacidad de adaptación social, debido al retraso mental que padecen y que los lleva a ejecutar actos impulsivos que afectarían al orden y en definitiva a los derechos de los demás, adecuándose a un tipo penal acreedor a una pena. Inclusive tornando más compleja la cuestión criminal. Por cuanto en muchos de los casos de personas con enfermedades mentales, no existe el menor sentimiento de culpa y preocupación por las consecuencias de estas actuaciones. Por lo que, al no existir códigos afectivos sanos, la probabilidad de caer en la reincidencia criminal es evidente si la pena impuesta se limita a la privación de la libertad y no se concentra en el diagnóstico y tratamiento médico individualizado del condenado a fin de pueda manejar esta condición.

Deficiencias que también persisten en nuestro sistema de rehabilitación social. Que, si bien es cierto, como una de las atribuciones del SNAI en coordinación con el Ministerio de Salud, dentro del eje de salud; figura la promoción y prevención de la salud mental; en los centros no existen propiamente estos servicios especializados.<sup>142</sup> Siendo así, que el propio informe Técnico de la Dirección de Régimen Cerrado nada dice al

---

<sup>142</sup> Dirección de Régimen Cerrado., “Informe Técnico de la Dirección de Régimen Cerrado”.

respecto. Así también de las conversaciones mantenidas con familiares de los reclusos durante la visita al CRS en Latacunga, indicaron que sus familiares internos en el centro, cuando se encuentran enfermos solo les recetan pastillas para el dolor, pero que, en caso de enfermedades graves, ellos conocen que no existen especialistas como psiquiatras.<sup>143</sup>

**b) Adicciones.-** De acuerdo a la Organización Mundial de la Salud (OMS), una adicción es considerada como una enfermedad de tipo crónica, debido al consumo compulsivo de cualquier tipo de droga. Entiéndase en este punto, tanto sustancias legales (alcohol, medicinas) como ilegales (cocaína, heroína, marihuana, morfina, anfetaminas, etc.), producen a mediano y largo plazo graves degeneraciones cerebrales, afectando al individuo en sus capacidades cognitivas y volitivas. Circunstancias que se complican debido a la dependencia que ocasiona el consumo de drogas, alterando el comportamiento del consumidor. Quien, tras graves crisis sociales, familiares y económicas, a fin de no enfrentar los síntomas del estado de abstinencia; su dependencia acaba por arrastrarlos al mundo de la criminalidad. Como medio idóneo que le proporcionará los recursos económicos para obtener las drogas y satisfacer su dependencia.

Del otro lado del consumidor, las adicciones favorecen a la constitución de grandes organizaciones delictivas de tráfico de sustancias estupefacientes, debido a los cuantiosos réditos económicos que estas actividades ilícitas generan, por la propia condición de ilicitud, que cotiza el acceso a estas sustancias en el mercado. Es así que, al hablar de reincidencia, las adicciones constituyen una de las causas fundamentales de este fenómeno jurídico social, debido al descontrol o desenfreno que producen en las personas que las consumen transformándose en delitos, que termina por llevarlos a prisión, lugar en el que los tratamientos son insuficientes, por lo que al recuperar su libertad, el delincuente guiado por su adicción no tardará en caer en la reincidencia.

Durante la entrevista a personas reincidentes involucradas en delitos de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, se manifestó:

Yo llevo una vida de drogadicción desde los años, toda la vida he vivido consumiendo, polvo, marihuana y coca, entrando a la prisión a los 11 años y siempre reincidido y caigo en la prisión por la drogadicción, porque en la prisión no rehabilitación, hay droga hay muerte y muchas cosas, pero uno no se rehabilita y he pedido al juez y al fiscal ayúdeme con una clínica.<sup>144</sup>

---

<sup>143</sup> Familiares de personas privadas de la libertad en el CRS Latacunga, entrevistadas por el autor, 21 de marzo de 2019.

<sup>144</sup> Ibid..

A esto se suman aquellas personas reincidentes que producto de la precariedad en la que viven, a fin satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia, han encontrado en el tráfico ilícito de drogas, una fuente de ingresos que le permite sostenerse a ellos y a los suyos.

### 2.3. Factores Psicológicos

Es uno de los factores que ha ido adquiriendo relevancia, al momento de estudiar el fenómeno de la reincidencia delictiva. Ya que, según varios estudios realizados, especialmente en países europeos, se ha evidenciado que las personas reincidentes en su mayoría, como señaló Álvarez Jesús poseen un auto concepto e inteligencia emocional disminuida y rasgos descontrolados de violencia, que terminan afectando su capacidad cognitiva sobre su comportamiento y las consecuencias que estos generan en la sociedad.<sup>145</sup> Predisponiéndolo a cometer actos contrarios a la ley de manera persistente. Todo esto, debido a ciertas circunstancias y detonantes que no le permiten controlar sus impulsos y carencias emocionales.

Es decir, el aspecto psicológico influye directamente en el individuo, y si este aspecto presenta desequilibrios, es muy probable que lo oriente a actuar de un modo incorrecto, llegando a la ejecución de delitos, e incluso a la habitualidad en los mismos. Toda vez que según Ossa López:

La presencia de una psiquis disfuncional afectada por la situación de privación de libertad sin una adecuada reinserción puede generar un sentimiento de inadaptación que no le permite a la persona funcionar bajo los patrones que dicta la sociedad en que vive y derivar en distintos grados de violencia que ciertamente contribuyen a la reincidencia de manera sustancial.<sup>146</sup>

Entre estos factores psicológicos que intervienen en el cometimiento de conductas desviadas y que juegan en papel importante frente a la reincidencia, se han identificado principalmente los siguientes:

**a) La Personalidad.-** Este componente hace referencia a la característica de peligrosidad que representa un individuo para la sociedad, basado en su temeridad. Elemento que ha sido un fundamento clave al momento de justificar el agravamiento de las penas para castigar el problema de la reincidencia en la actualidad. Dictándose y aprobándose una serie de normas jurídicas que en la práctica, facultan a las autoridades

---

<sup>145</sup> Álvarez Valdez, “Análisis de la reincidencia delictiva en términos de las representaciones sociales prescriptivas.”

<sup>146</sup> Ossa López, *La cárcel en Colombia. Espacio para la venganza y la reincidencia*, 109.

de la administración de justicia, a valorar la peligrosidad como condición que evidenciaría la perversidad activa que caracteriza a un delincuente, rodeando sus actos de una elevada maldad, produciendo un gran temor en la sociedad. Y que exige mayor severidad contra la delincuencia, dando camino con ello, a la maximización del poder punitivo basado en el Derecho penal de autor.

Rafael Garófalo, en su teoría criminal rescata la influencia de la herencia endógena psíquica, y manifiesta que “la peligrosidad se apoya en las características y atributos psicológicos del sujeto y es lo que marca el riesgo de sus futuros comportamientos violentos.”<sup>147</sup> Por lo que considera al delincuente como un anormal psíquico para quien la prisión no es suficiente castigo. Presupuestos criminológicos que a pesar del avance constitucional que promueven la igualdad formal y material, que prohíben valorar la condición de peligrosidad, se continuaría subjetivamente tomando en cuenta, al momento de imponer la pena a la persona que ha reincidido, conforme lo dispone el artículo 57 del COIP, que agrava en un tercio a la máxima pena; lo cual implica penas desproporcionadas. Presentándose, no solo la vulneración de derechos como la igualdad, sino una notoria contradicción normativa con lo que dispone el artículo 22 inciso segundo del mismo cuerpo legal, que prohíbe taxativamente sancionar a una persona por cuestiones de identidad, *peligrosidad* o características personales.

**b) Edad.-** Es un parámetro de especial cuidado que se debe tener en cuenta al analizar al sujeto criminal y el tipo de hecho ilícito por el que éste, inclinará su comportamiento. Pues de acuerdo a estudios y estadísticas levantadas hace ya varios años, se ha logrado comprender que la criminalidad:

[P]arece desarrollarse en razón de la intensidad de la vitalidad física y de las pasiones humanas; alcanza el máximo alrededor de los 25 años, cuando el desarrollo físico es prácticamente alcanzado, mientras que el intelectual y moral, más lento, reduce posteriormente la inclinación criminal dominante con el debilitamiento de la vitalidad física y de las pasiones<sup>148</sup>

Criterio, que aunque no podríamos decir que es una regla general, expone un presupuesto básico sobre la tendencia criminal, observándose que existe mayor predisposición de la recaída en el delito de quienes inician en la delincuencia a más tempranas edades, debido a su condición de inmadurez. Característica que influye al

---

<sup>147</sup> Ibíd. 108.

<sup>148</sup> Giannini, “La reincidencia y las carreras criminales”, 522.

momento de establecer procesos de reflexión e inhibición ante lo prohibido. Es así que Mannheim y Wilkins, luego de un estudio a jóvenes que han estado inmersos en la delincuencia, llegaron a la conclusión de que: “cuanto más precoz había sido el inicio en la carrera criminal, tanto mayor resultaba la recaída en el delito”<sup>149</sup>.

Estas hipótesis fueron apoyadas por una serie de investigaciones tanto en Europa y Suecia, ratificando que mientras más joven sea la persona al momento de cometer el delito primigenio, existe mayor probabilidad de que se cometan hechos delictivos posteriores, hechos sucesivos que incluso podrían producirse en intervalos de tiempo cortos.<sup>150</sup> Y de la investigación realizada con personas reincidentes hemos podido confirmar, que sus edades oscilan entre los 25 a 45 años de edad, iniciándose en el delito desde edades tempranas. Por lo que, fortalecer la atención y procesos educativos y correccionales enfocada en la juventud para disminuir los índices de reincidencia delictiva, resulta indispensable.

## 2.4. Factores Penitenciarios

Se podría decir que es el factor clave y de trascendental relevancia para la presencia o no, de conductas reincidentes. Toda vez que el inadecuado tratamiento penal que se le brinde al delincuente al ingresar a las cárceles por primera vez, influenciará directa y definitivamente en su comportamiento posterior, y que suelen potenciar sus efectos más negativos. Las condiciones degradantes y de extrema violencia que caracterizan en la realidad a las cárceles, impiden que se lleven a cabo procesos efectivos de rehabilitación del individuo, en donde se rescate las inhibiciones suficientes que lo alejen del mundo de la delincuencia. Por lo que, como bien manifiesta Ossa López, el problema de la reincidencia en el crimen:

[S]e sustenta en las malas condiciones carcelarias, la falta de programas adecuados de intervención en la población de reclusos por parte del Estado, la ausencia de oportunidades de reinserción, la exigencia de no reincidencia del imputado para la concesión de los subrogados penales, la carencia de oportunidades laborales y escolares a la hora de reintegrarse a la sociedad y la estigmatización social. Las circunstancias socio-económicas que padecen muchos compatriotas, así como la falta de acceso a una educación que permita su superación personal y profesional, impiden que sean sujetos de oportunidades sociales y laborales [...]<sup>151</sup>

---

<sup>149</sup> Ibid., 523.

<sup>150</sup> Ibid., 524.

<sup>151</sup> Ossa López, *La cárcel en Colombia. Espacio para la venganza y la reincidencia*, 10.



El fracaso de los centros de rehabilitación a lo cual se suma, la falta de medidas de apoyo, seguimiento y vigilancia al ex recluso o reclusa; facilita el que esta persona una vez que recupere su libertad vuelva al mismo ambiente en el que delinquiró por primera vez, enfrentándose a las mismas condiciones que lo hicieron caer en el delito y que, sin duda, influenciarán de modo definitivo para desarrollar hábitos delictivos posteriores, presentándose casos de reincidencia de modo inevitable, mientras no se neutralicen todos los factores negativos que degeneren su conducta, dignidad y condiciones de vida.

### **3. El papel de la rehabilitación y sus falencias en la realidad ecuatoriana**

Como principal arma para luchar contra la delincuencia, el Estado aun cuando en sus fundamentos constitucionales, consagra al Derecho penal de última ratio, ha preferido emplear toda su fuerza punitiva, asegurando aplicar “mano dura contra la delincuencia”, discurso populista que ha significado aplicar todo el peso de la ley para quien delinque. Traduciéndose todo esto, en una rotunda manifestación del eficientismo penal, que apuesta todo al sistema penal, a través de su principal herramienta de castigo; la prisión. Realidad que en relación a la reincidencia, resulta ser más evidente, al posibilitar con la entrada en vigencia del COIP, para quien recaiga en el delito, penas agravadas de privación de libertad, asegurándoles condenas elevadas que los mantendrán en el encierro por un largo tiempo. Medida penal que lleva a políticas de exclusión social, que únicamente lo que logran, es esconder momentáneamente el problema tras los barrotes, comunicando estas acciones erróneamente a la ciudadanía, como la mejor solución al problema de inseguridad.

Con la Constitución de la República del año 2008, nuestro país exalta los derechos de todos sus ciudadanos en igualdad de condiciones, imponiendo a las autoridades tanto administrativas como judiciales, la obligación de respetar y hacer respetar los mismos. Desde esta connotación garantista de derechos que adopta el Estado, extiende de acuerdo con el texto legal, la protección a las personas privadas de libertad, ubicándolos inclusive dentro del grupo de atención prioritaria,<sup>152</sup> con lo cual acredita una atención especializada y preferente, de tal forma que se garantice un tratamiento que mantenga su dignidad humana, libre de tratos inhumanos y degradantes durante su permanencia en los centros carcelarios.

---

<sup>152</sup> Constitución de la República del Ecuador, art 35.

Este reconocimiento reviste de importancia al sistema penitenciario, por lo que se consagra en el art. 201 de la Norma Suprema que: “El sistema de rehabilitación social *tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad*, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos.”<sup>153</sup> Contempla así, como objetivos centrales de la pena de prisión; la resocialización de la delincuente a fin de que pueda ser reinsertado dentro de la comunidad, como un ciudadano respetuoso de la convivencia social. Pues el hecho de que haya cometido un error no legitima una exclusión perpetua de la sociedad.

Afirmación constitucional que desde la mirada de la dogmática penal, enmarca a la pena dentro de la denominada doctrina de la prevención especial positiva. Teoría en la cual, la pena se dirige a las necesidades de resocialización del autor, por lo que, para la individualización judicial de la medida sancionatoria, es indispensable que se observe el hecho en concreto y no solo en abstracto; determinando de acuerdo a las circunstancias del acto y las características y condiciones del actor; la sanción a imponerse y el tratamiento de rehabilitación que debiere recibir.

Actuación que intrínsecamente a un modelo garantista de derecho, resulta apropiado y justo. Ya que como señala Zipf:

Un mayor grado de “sensibilidad a la pena” puede verse correspondido con una disminución del nivel de la intervención penal, logrando una mayor humanización del Derecho Penal, sin afectar por ello la efectividad de la lucha contra el delito. Hay que tener en cuenta que para la valoración del elemento de la “sensibilidad a la pena” del autor se requieren investigaciones de tipo criminológico, de las cuales debe ayudarse el juez [...]<sup>154</sup>

Sin embargo, de las finalidades que la Constitución de la República, le asignado a la pena, de rehabilitar y reinsertar al delincuente socialmente; de la investigación de campo realizada se ha ido evidenciado que esta aspiración, ha quedado en el mero texto de la norma, pues no se ha cumplido, debido a la ausencia de verdaderos estudios criminológicos y sociológicos sobre el problema de la delincuencia y en especial de la reincidencia. A tal punto, que sobre esta última, no existen análisis o estudios suficientes y mucho menos se cuenta con estadísticas puntuales al respecto. Falencias que se comprueban con el tipo de leyes que se promulgan, normas carentes de políticas

---

<sup>153</sup> Constitución de la República del Ecuador, art 201.

<sup>154</sup> Eduardo Demetrio Crespo, *Prevención general e individualización judicial de la pena* (Buenos Aires: Euros Editores S.R.L, 2016), 410.

criminales, que lejos de resolver el problema, acarrear en la práctica una serie de contradicciones con los principios y derechos fundamentales, violentando seriamente los presupuestos del garantismo y del Derecho Penal mínimo reconocidos constitucionalmente.

Aun cuando la Norma Suprema en su artículo 84 como garantía normativa, es enfática al disponer a la Asamblea Nacional y a todos los órganos con potestad normativa, adecuar, formal y materialmente, las leyes a los derechos previstos en la Constitución y los Tratados Internacionales, para garantizar la dignidad del ser humano. En la práctica jurídica se presentan graves antinomias jurídicas; ocasionadas por la ausencia de políticas criminales que tomen en cuenta las causas del fenómeno en sí mismo. Las autoridades estatales siguen el camino más fácil, concentrándose en endurecer las normas, las sanciones y reducir las garantías o beneficios para el antisocial y más aún en contra de aquellos que han reincidido en el cometimiento de delitos.

El artículo 57 del Código Orgánico Integral Penal, es la muestra de todo aquello, cuando dispone que a la persona reincidente se le imponga la pena máxima del tipo penal previsto en la ley, más un tercio; asignándole la calidad de circunstancia agravante de modo muy general. Disposición legal del COIP, que, siguiendo el estudio dogmático, reconoce a la pena la finalidad de ratificar la amenaza y coerción punitiva, asignándole a ésta, una función puramente disuasiva que se dirige a todos individuos. Por lo que, desde esta óptica responde a los fundamentos de la teoría de la prevención general negativa, formulada por Feuerbach, a partir de teoría de la coacción psicológica, que considera al hombre como un ser racional capaz de comprender las consecuencias jurídicas del cometimiento de un delito, por lo cual se abstiene de hacerlo.<sup>155</sup> Teoría que como expone Ferrajoli “no aseguran ni criterios de justicia ni limitaciones externas que frenen su tendencia al Derecho Penal máximo, ya que el fin de la eficacia de las prohibiciones penales, lejos de condicionar en modo alguno la cantidad y calidad de las penas, sugiere la máxima severidad punitiva”<sup>156</sup>.

Presentándose nuevamente una grave disyuntiva entre lo que consagra la Constitución de la República como Norma Suprema y lo que dispone el Código Orgánico Integral Penal, como norma que obligatoriamente debe adecuarse a los presupuestos y principios constitucionales, acorde al principio de jerarquía normativa. Es decir, por un lado, tenemos una Constitución que le reconoce a la pena la finalidad de la resocialización

---

<sup>155</sup> Ibid., 110.

<sup>156</sup> Ibid., 112.

del individuo, (prevención especial positiva) ratificando su dignidad y humanidad, pues no ha dejado de ser ciudadano y tiene derecho a rehabilitarse y ser integrado a la sociedad.

Mientras que, por otro lado, está la normativa penal vigente que le asigna a la pena, una finalidad de intimidación; pretendiendo disuadir a individuo mediante un castigo suficientemente “ejemplar” (prevención general negativa). Funcionalidad de la pena que, dentro de un Estado de Derechos, no es compatible, pues para que surtan efectos preventivos generales negativos y que no se convierta puramente en una arma de venganza, se requiere que la pena contenga efectividad axiológica (respeto de los derechos y garantías reconocidas a las personas) y efectividad empírica (que los resultados de la intimidación normativa contribuyan a la disminución de la criminalidad).<sup>157</sup> Y solo cumplidos estos presupuestos, se podría considerarse que la pena como prevención general negativa se halla legitimada. Pero que claramente en nuestro contexto social esto no sucede, convirtiéndose la pena en una medida punitiva injusta.

La función de la pena dirigida a la intimidad y al cumplimiento de la norma a toda costa, vuelve de este modo a reafirmarse. Finalidad de la pena que frente al problema de la reincidencia, ha sido inútil e inapropiada, toda vez que las personas reincidentes no se ven motivadas por dichas normas penales y su incumplimiento, es seguro. Fortaleciendo sí, con este tipo de doctrinas y políticas; procesos inquisitivos de la edad media, que como considera Zaffaroni, no ha muerto del todo y que aseguran condiciones apropiadas de vulneración de los derechos humanos. Abriendo paso, por el contrario, con el encierro excesivo en las cárceles, al deterioro irreversible de los reclusos, quienes tienden a dirigir toda su capacidad al desarrollo de estrategias de perpetración delictiva, para evadir el ordenamiento jurídico. Todo esto debido a la ineidoneidad de los medios preventivos del delito y de rehabilitación social; que como fines de la pena han quedado relegados, resultando el endurecimiento de las penas, en un absoluto fracaso, ya que “ni corrigen, ni intimidan, ni inocuizan; pero, en cambio, arrojan frecuentemente al delincuente primario en el camino definitivo del crimen”<sup>158</sup>

Hechos que llaman la atención, ya que de que ha servido, que constitucionalmente la ejecución de la pena se oriente a la rehabilitación y reinserción social, si en la realidad de nuestra administración de justicia penal, el individuo es instrumentalizado siendo tratado como un sujeto peligroso que merece mayor castigo. Convirtiéndolo en un simple

---

<sup>157</sup> Ibid., 112.

<sup>158</sup> Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho Pena*, citado por Eduardo Demetrio Crespo, Prevención general e individualización judicial de la pena (Buenos Aires: Euros Editores S.R.L, 2016), 412.

medio del Estado para confirmar la amenaza que implica la violación de sus normas, sin preocuparse en ningún instante, por las condiciones que estarían afectando a la persona para que se aparte del ordenamiento legal y lo que es más grave permanezca en el mundo delictivo. Es decir, “Habría que entrar a mirar qué circunstancias posteriores al encarcelamiento incidieron en una nueva conducta contraria al derecho, por lo que es propio afirmar que no se puede olvidar al ser humano que está detrás de la etiqueta de reincidente”<sup>159</sup>.

Entonces, nos preguntamos ¿Qué habilita al Estado a imponer más penas al reincidente? Cuando es éste, el que estaría fallando en sus obligaciones de velar por los derechos de sus habitantes y más de aquellos que están en desventaja ante la inequitativa estructura económica social. Pues la reincidencia delictiva, no es otra cosa que la consecuencia más visible de la ausencia de una verdadera rehabilitación y efectiva reintegración social; en la que se le brinde al ex penado, las herramientas idóneas para que se manejan como personas útiles al volver a la sociedad. Negligencia del Estado que, en primer orden, no la reconoce y segundo; no la asume, trasladando toda la responsabilidad únicamente a los reincidentes, expandiendo a pretexto de garantizar la seguridad ciudadana, todo su potencial punitivo. Sistema represivo que a la final afecta a los más débiles, a los marginados y olvidados por las autoridades estatales, que no hacen lo suficiente para atender sus necesidades básicas.

La rehabilitación social en nuestro país, en teoría se encuentra reconocida y garantizada por la Constitución de la República, pero en la realidad no existe tal cosa, debido a la grave crisis que enfrenta el sistema penitenciario y que lo han transformado, por el contrario, en verdaderas “escuelas del delito” que repercuten en el cometimiento de nuevos delitos y en muchos casos más gravosos. Condiciones carcelarias que en conjunto con las penas privativas de libertad de larga duración, lo que sí garantizan, es el denominado “contagio criminal” que obviamente no se resuelve con el encarcelamiento.

Debido a la vulneración de derechos fundamentales a los que se hallarían sometidos los reos, y que en definitiva influyen negativamente hacía la desocialización que los acerca al mundo criminal. Fallas del sistema carcelario que proyectan la parte más cruel de la pena, ofrecen ambientes violentos, corruptos e inseguros a los reclusos, por lo que “en esas condiciones, no hay muchas perspectivas para un retorno a la vida social.

---

<sup>159</sup> Ossa López, *La cárcel en Colombia. Espacio para la venganza y la reincidencia*, 39.

Ya de por sí la institución del encierro es un contrasentido con la libertad, es decir, no parece que exista posibilidad de preparar alguien para la libertad mediante el encierro”<sup>160</sup>

Trasladándonos propiamente al ámbito práctico como explica en la entrevista el Dr. Gustavo Peñafiel, Coordinador de la Dirección de Régimen Cerrado, del SNAI, abordar este tema es muy delicado y complejo; y sin duda lo es. Indica que, tras la promulgación de la Constitución de 2008, el sistema de rehabilitación social ha mejorado significativamente, pero que aún queda mucho por hacer.<sup>161</sup> Existen todavía un sin número de fallas en las cárceles del Ecuador, que no han podido ser resueltas. Y que de la observación participante realizada al Centro de Rehabilitación Social Sierra Centro Norte de Cotopaxi; uno de los más grandes en el país, y que aglomera gran cantidad de la población carcelaria, 5.427 internos entre hombres y mujeres hasta septiembre 2019<sup>162</sup>, se ha logrado evidenciar, como la falta de agua, ausencia de control penitenciario, mala calidad de la alimentación, separación familiar, insalubridad, entre otros. Todo lo cual ocasiona graves situaciones de indignidad y violencia estructural, que nulita toda posibilidad de rehabilitación como función principal de la pena.

Como un Instrumento Internacional fundamental que contempla las reglas y principios básicos para la correcta organización penitenciaria, que otorgue a las personas privadas de la libertad un tratamiento humano, idóneo y sobre todo digno, encontramos a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, aprobadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, cuyo cumplimiento debiera ser obligatorio en los centros de privación de libertad, ya que solo de este modo quien cometió un delito podrá readaptar su comportamiento, enmarcado en el respeto de sus derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico y la moral. Por cuanto, como manifiesta Jesús Álvarez:

[E]l sistema penitenciario se convierte en el responsable de lograr un cambio en las acciones de las personas que han delinquido y con ello se esperaría reducir el índice delictivo, sin embargo, las penitenciarías se encuentran sujetas a sus propias problemáticas como es la sobrepoblación, falta de personal en las distintas áreas de

---

<sup>160</sup> Alfredo Del Valle, *El problema penitenciario en México, abuso de la pena carcelaria*, en Seguridad pública, militarización y derechos humanos (México: Instituto de Estudios de la Revolución Democrática, 1997), 135.

<sup>161</sup> Peñafiel, Coordinador de Régimen Cerrado del SNAI, entrevistado por el autor, 21 de marzo de 2019.

<sup>162</sup> Dirección de Planificación del Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Privadas de la Libertad y Adolescentes Infractores (SNAI), *Registros Administrativos de los Centros de Privación de Libertad*, 25 de septiembre de 2019.

trabajo, deficiencias de los servicios en materia de salud, la práctica del maltrato y en general violaciones a los derechos humanos<sup>163</sup>

Todas estas insolvencias han logrado convertir a los centros carcelarios del país en verdaderos lugares de terror y extrema violencia, que paulatinamente degeneran la personalidad de la persona privada de la libertad aún más que cuando ingresaron, cobrando incluso la vida de muchos de ellos. Formando un enemigo social cargado de odio hacía un sistema del que solo ha recibido maltrato. En definitiva, los problemas del sistema penitenciario del país, que han tornado las condiciones de vida cancelaria en inhumanas y de absoluta vulneración de derechos, son múltiples.

Acorde a datos otorgados por el SNAI, y las propias declaraciones de las personas reincidentes entrevistadas; se precisa como el mayor problema de las cárceles; al hacinamiento. Que a nivel nacional, en la actualidad llega al 40,50%, cifra extremadamente preocupante y que afecta la dignidad de los reclusos y sobre todo el proceso de rehabilitación. Acentuándose esta problemática en los siguientes centros:

Cuadro 3

**Centros de Privación de Libertad con mayor índice de hacinamiento**

Nombre del Centro	Total PPL	Capacidad Instalada efectiva.	Hacinamiento (%)
CRS FEMENINO GUAYAQUIL	916	521	75,82%
CRS MASCULINO BABAHOYO	297	138	115,22%
CRS MASCULINO BAHÍA	450	223	101,79%
CRS MASCULINO CAÑAR	161	75	114,67%
CRS MASCULINO GUAYAQUIL	9.941	5.036	97,40%
CRS MASCULINO IBARRA	717	302	137,42%
CRS MASCULINO MACHALA	1.350	524	157,63%
CRS MIXTO MACAS	307	162	89,51%
CRS MIXTO QUEVEDO	780	390	100,00%
CRS MASCULINO LA ROCA.	195	120	62,50%
CPPL EL INCA	1997	845	136,33%
CPPL MIXTO PORTOVIEJO	123	30	310,00%
CRS MIXTO SANTO DOMINGO	79	30	163,33%
CRS MIXTO COTOPAXI	5.535	4.530	22,19%

Fuente: Registros Administrativos de los Centros de Privación de Libertad, de fecha 27 de marzo de 2019.

Elaborado: Adriana Monteros.

<sup>163</sup> Álvarez Valdez, «Análisis de la reincidencia delictiva en términos de las representaciones sociales prescriptivas.»

Niveles de hacinamiento que se han elevado aceleradamente en estos últimos años y que han caotizado la calidad de habitabilidad y convivencia de los reclusos, que debido a la sobrepoblación, difícilmente pueden contar con espacios apropiados de descanso, de recreación, de estudio, los servicios de salud y alimentación deficientes, programas de trabajo limitados. Incumpliendo totalmente con esta situación, los principios básicos establecidos en el artículo 9 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, que se refieren a las condiciones deben tener las celdas para un efectivo tratamiento y en la que no debieren ocupar más de una persona.

Se ha constatado que el sistema penitenciario se halla en crisis, con espacios que se encuentran abarrotados, insalubres, desorganizados y con servicios básicos en pésimas condiciones. Todo lo cual impide dar a la persona condenada un tratamiento individualizado conforme se requiere, para atender efectivamente sus necesidades, conforme lo dispone el artículo 56 *ibídem*. Quedando los medios curativos, educativos, morales, espirituales muy limitados; por la insuficiencia de recursos económicos y de profesionales que se requieren para ejecutar procesos particulares de rehabilitación. Siendo que la única función que la pena realmente está cumpliendo, es la exclusión de los delincuentes, a quienes a través del sistema penal se les confirma el rechazo social del que son objetos, acentuando el sufrimiento de los reclusos.

Los artículos 71 al 76 del mismo ordenamiento internacional, establecen la obligatoriedad del trabajo penitenciario para los condenados acorde a sus aptitudes, de tal forma que se mantengan ocupados, enfocando sus capacidades en adquirir un oficio o arte. Ocupaciones que les proporcionarán habilidades y oportunidades para desenvolverse honestamente en la sociedad civil al recobrar su libertad, apoyando así positivamente a su resocialización y readaptación. Eje trascendental que por la importancia misma que reviste en el proceso de rehabilitación social, se halla legalmente reconocido en el artículo 702 del Código Orgánico Integral Penal. Pero que en el ámbito práctico difiere mucho y no se ha concretado del todo, lo cual indiscutiblemente estaría incidiendo en la generación de conductas ilícitas reincidentes.

De acuerdo con el Informe Técnico de la Dirección de Régimen Cerrado, se conoce que los programas del eje laboral se concentran en 4 actividades denominadas: terapia ocupacional, servicios auxiliares, capacitación y relación de dependencia.<sup>164</sup> De los cuales no contiene mayor información sobre: ¿en qué consisten? ¿Qué actividades

---

<sup>164</sup> Dirección de Régimen Cerrado, “Informe Técnico de la Dirección de Régimen Cerrado”.



desarrollan cada uno? y ¿cómo estarían apoyando estos programas efectivamente a los reclusos, otorgándoles oportunidades que puedan ser ejecutables una vez estén libres?

El nivel participación de los presos en estas actividades laborales así también se muestra muy reducido. Ya que del mismo informe mencionado ut supra, se determina que las personas en relación de dependencia a nivel nacional, es tan solo de 130 personas. Y entre las otras 3 actividades del eje laboral suman un total de 12.187 participantes, que representan solo el 31,89% de total de personas privadas de libertad en el Ecuador.<sup>165</sup> Cantidades que muestran un serio inconveniente, confirmando el desorbitante índice de desocupación que existe en las cárceles, beneficiando al ocio de las personas privadas de libertad debido al principio de voluntariedad de acceso a estos programas de rehabilitación que rige en nuestro sistema penitenciario. Concepción que se aparta de lo que contemplan acertadamente las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos sobre el eje de trabajo, que requiere ser obligatorio.

En lo que respecta a la seguridad carcelaria, la cuestión se torna mucho más seria. Las personas privadas de libertad a las cárceles se ven forzosamente sometidos a ambientes de extrema violencia en los que sus derechos, su integridad y su vida misma se encuentran en riesgo permanente. Crisis de inseguridad ocasionada por la sobrepoblación carcelaria, espacios inapropiados de los centros, corrupción y falta de personal de control y vigilancia adecuada. Circunstancias que a su vez obligan a los privados de libertad a exponerse agresivos, siempre a la defensiva como estrategia de sobrevivencia, explotando de este modo lo peor del penado.

Conductas que tras una larga permanencia en prisión, se ratificarán como la única forma que conocen estas personas de relacionamiento con los demás y que seguirán ejecutando en libertad para satisfacer sus necesidades sin importar si esto implica la violación de los derechos de los demás. El ineficiente control interno de los centros de privación de libertad se produce debido a la escasez de agentes penitenciarios. Que como señalan la misma autoridad del SNAI entrevistada, hoy en día solo se cuenta con 1500 agentes para alrededor de 40.000 presos a nivel nacional.<sup>166</sup> A lo cual hay que añadirle la falta de capacitación del personal, que no se encuentra debidamente equipado y remunerado a pesar de que laboran en tres turnos, preciso. Todo lo cual favorece a que tanto autoridades carcelarias como agentes, se vean involucrados en procesos de

---

<sup>165</sup> Ibid.

<sup>166</sup> Peñafiel, Coordinador de Régimen Cerrado del SNAI.

corrupción que asisten al mantenimiento de la delincuencia desde interior de los centros penitenciarios.

Y así podríamos mencionar un sin número de falencias más, que hoy en día desgarradoramente atraviesa nuestro sistema penitenciario y que categóricamente lo único que han garantizado, es la vulneración sistemática de los derechos humanos de los privados de libertad. Quienes han sido marginados y olvidados tras los reforzados muros de las prisiones, tanto por las autoridades y la propia sociedad, con lo cual se empeora las condiciones de injusticia social. Quedando de esta manera, la rehabilitación como función de la pena, en letra muerta; confirmando a la prisión como un suplicio o venganza social de modelos punitivos arbitrarios, más que como un castigo resocializador, en el que se consideraría al hombre detrás del criminal, que merece ser tratado con humanidad para hacerlo mejor.

#### **4. Programas de reinserción social, debilidades**

La reinserción social, de acuerdo a la doctrina, hace referencia:

[A]l oportuno reencuentro y encaje del individuo en la comunidad una vez cumplida la condena, lo que no presupone modificaciones cualitativas en la persona de aquél (o, al menos, no tiene por qué presuponerlas), sino ajustes funcionales y asistencia por parte de los demás para hacer posible dicho retorno al hábitat convivencial del hombre”<sup>167</sup>

Es decir, expresa un concepto fundamental que complementa el proceso de resocialización, toda vez que implica la posibilidad efectiva de que la persona pueda integrarse a la sociedad y llevar una vida futura apartada del crimen. Por lo que, para lograr una auténtica rehabilitación, es necesario que, tanto los tratamientos que se brinden al interior de los centros y las medidas que se adoptan fuera de aquellos, se dirijan a corregir todas y cada una de las causas que producen marginación e inequidad social, de lo cual se sustentan las cárceles.

No obstante, en la realidad los fines que la pena debiere contener no corresponden a los fines carcelarios, ni es compatible a las intenciones del poder y dominación que regulan la vida social actual. Justificándose tras la idea de la “lucha contra la delincuencia” el único propósito que cumple la prisión; encerrar y segregar a quienes

---

<sup>167</sup> Kenny Dave Sanguino Cuéllar y Eudith Milady Baene Angarita, “La resocialización del individuo como función de la pena.”, *Revista Academia & Derecho* 12 (2016).

representan un problema social y político. De ahí que a este aspecto, por mucho tiempo se le ha otorgado un tratamiento aislado e incipiente, mostrándose el Estado impávido ante los sufrimientos y masacres que padecen los privados de libertad en los centros y fuera de los mismos.

En el contexto nacional, a la reinserción social se le reviste de notable relevancia, como una de las finalidades de la pena, por lo que de acuerdo al artículo 203 numeral 5 de la Constitución de la República, es obligación del Estado establecer las condiciones de “inserción social y económica real de las personas después de haber estado privadas de la libertad”<sup>168</sup>. Del mismo modo, el artículo 673 del Código Orgánico Integral Penal, al determinar los objetivos del sistema de rehabilitación social, a más de la protección de los derechos de las personas privadas de libertad y su rehabilitación integral, debe garantizar la reinserción social y económica de quienes cumplen su condena.

Siendo incluso contemplado por el ordenamiento penal vigente, como un eje puntual del tratamiento de rehabilitación, según lo dispone el artículo 701 numeral 5 del mismo cuerpo legal, en concordancia con el artículo 51 del Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social. Reconocimiento que tiñe de importancia a este aspecto, ya que exige a las autoridades competentes, la debida atención, apoyo y desarrollo de políticas públicas que se amplíen a las esferas de la prisión.

Desde la óptica qué constitucional y legalmente se le asigna a la reinserción social, exigiría al Estado a crear medidas inclusivas para los ex penados, a los legisladores a establecer políticas y sobre todo dictar normas acordes a la funcionalidad de la pena reconocida por la Constitución de la República; y a la sociedad a involucrase activamente en programas de reinserción. Toda vez que para erradicar el crimen, no basta con centrarse en mejorar los tratamientos y programas de rehabilitación que ofrecen a los internos durante su permanencia en las cárceles. Su labor debe extenderse a “buscar una oferta para el interno, con la cual él mismo pueda identificar un proyecto de vida, un futuro posible apartado de la delincuencia, de manera que sepa cómo actuar al quedar en libertad, pues aún no lo sabe”<sup>169</sup>

La intervención del Estado no puede abarcar únicamente lo que ocurre dentro de los muros de las cárceles; su asistencia tanto social, psicológica y económica como lo ordena el artículo 700 del COIP, se debe prestar durante y después de cumplida la pena, por el tiempo que cada caso lo requiera para evitar que vuelva al delito. Coordinando para

---

<sup>168</sup> Constitución de la República del Ecuador, art 203.

<sup>169</sup> Ossa López, *La cárcel en Colombia. Espacio para la venganza y la reincidencia.*, 161.

ello, la participación de todos los ministerios e instituciones públicas, sobre todo en lo que respecta a inclusión laboral y educativa, que promuevan las aspiraciones de superación.

Todo lo expuesto resulta magnífico para erradicar la criminalidad y evitar la reincidencia. Pero tristemente estas declaraciones solo han quedado en el texto normativo, pues en la vida práctica se ha comprobado que muy poco se ha trabajado por la reinserción de los ex penados, debido a la gran cantidad de recursos que esto exige, y que de algún modo el Estado no estaría en capacidad de absolver, pero que de ningún modo le exime cumplir con su obligación.

En la realidad, la reinserción social, de acuerdo al artículo 707 Código Orgánico Integral Penal, se ha limitado al control y seguimiento de los regímenes semi-abierto y abierto de ejecución de la pena. Minimizándose de este modo, la naturaleza misma y lo que implica el concepto de reinserción. Llevándose a cabo en este punto, como lo indica el Dr. Gustavo Peñafiel del SNAI, un control minúsculo de aquellas personas que se encuentran dentro de estos regímenes, verificando que acudan a los lugares de presentación en las fechas previstas, reciban en algunos casos; pequeñas charlas y en ciertos casos se los incluya en pequeños trabajos comunitarios. Actividades que contribuyen, pero que son insuficientes para una verdadera reincorporación a la sociedad de los exreclusos que aseguren su reinserción laboral y se prevenga eficazmente la reincidencia.<sup>170</sup>

La reinserción social por lo tanto es, sin duda, un parámetro clave para la prevención del fenómeno de la reincidencia, ya que para asegurar que la persona condenada desista de modo definitivo del delito, es imprescindible que se erradiquen todas las motivaciones que lo llevaron al delito. Debiendo desplegarse redes de apoyo integrales de fácil acceso con programas idóneos y personal adecuado, que actúen contra todos los factores de riesgos dinámicos y las necesidades que podrían influir en el cometimiento de conductas posteriores.

Por ende, los programas de reinserción requieren ser íntegros y atender todos los desafíos que los ex penados, puedan soportar al salir en libertad. Deben tomar en cuenta los factores tanto externos como internos, que influyen en el comportamiento de esta persona. Siendo como lo indica Álvarez Valdez Jesús, un importante sector de los programas de reintegración contemporánea el:

---

<sup>170</sup> Peñafiel, Coordinador de Régimen Cerrado del SNAI.

[T]rabajo del interno en el área de psicología, buscando con ello establecer cambios en el pensamiento del sujeto, sin embargo, esta acción es considerada a priori, a partir de una concepción general de lo que es socialmente correcto e incorrecto. La propuesta reside en redirigir la mirada sobre la construcción cognitiva de las estructuras mentales (ideas, creencias, valores, actitudes, etc.) que las personas tienen sobre sus acciones, los aspectos que constituyen la base para cometer un delito y los cambios que se presenten en casos de reincidencia, permitiendo explicar de forma específica el fenómeno de la delincuencia.<sup>171</sup>

Enfoque psicológico que en los últimos años ha ido cobrando valor dentro de las políticas de reinserción social, pues se hace necesario que el privado de la libertad reciba tratamiento psicológico debido a las duras condiciones a las que estuvo sometido en la prisión y que influyen en su personalidad, dificultándole incorporarse más tarde a la sociedad. Pues resulta ilógico pretender reinsertar socialmente a una persona manteniéndolo encerrado. De este modo, la psicología jurídica cobraría vital importancia al momento de tratar el tema de la reinserción, ya que ofrece herramientas que potencian positivamente al ex condenado, su capacidad de autodeterminación y reflexión sobre lo correcto, manejo de sus impulsos y frustraciones de tal forma, que se abstengan del cometimiento de nuevas conductas delictivas.

A través del trabajo investigativo emprendido se comprueba que en el Ecuador, en relación a este compromiso, se encuentra en deuda con los ex privados de libertad, debido a la inexistencia de políticas públicas que contemplen programas efectivos y reales que permitan incorporar a la población post penada a la sociedad. Siendo necesario que se oferte al encontrarse en libertad oportunidades concretas de trabajo, estudio o vivienda, que les permita suplir sus necesidades básicas y superarse profesional y económicamente.

La reinserción social que contemplan las autoridades en el sistema penal actual, es como lo habíamos señalado incipiente, pues se limita a la vigilancia superficial de las personas que se hallan en régimen semi-abierto o abierto, compuesto por aproximadamente 6000 personas. Por las que muy poco se ha hecho para mejorar sus condiciones de vida, y que se ratifica con lo que expresa el Dr. Gustavo Peñafiel del SNAI, que del total de la población en régimen semi-abierto “*solo 500 se podría decir que efectivamente están trabajando*”.<sup>172</sup> Declaraciones que resultan preocupantes, siendo de extrema necesidad que se realice un seguimiento y vigilancia de las personas después

---

<sup>171</sup> Álvarez Valdez, «Análisis de la reincidencia delictiva en términos de las representaciones sociales prescriptivas.»

<sup>172</sup> Peñafiel, Coordinador de Régimen Cerrado del SNAI.

de haber salido de la cárcel y de sus familias, ya que de no hacerlo asegura que estas personas en corto plazo recaigan en el delito.

La muestra más clara de la ausencia de políticas de reinserción social es la reincidencia, problema que lo estamos palpando a diario en las calles, noticieros, tribunales, plazas, prensa, etc., Pero que no se le ha prestado la debida atención, a tal punto que, en el presente, insisto no se cuenta con información y datos estadísticos precisos al respecto. Estadísticas que serían de relevante connotación para desarrollar estudios sobre este problema, comprender su naturaleza y a la par, desarrollar políticas y programas sociales, económicos y psicológicos. Y así se logre brindar de forma obligatoria a las personas que han reincidido, un mejor tratamiento de rehabilitación, propiciando de forma individualiza la ayuda suficiente para que pueda regenerarse durante su condena y mantenerse después de su cumplimiento.

Pues la solución no puede concentrarse de forma exclusiva en el endurecimiento de las penas de prisión. Medidas punitivas que por sí solas, no van a resolver el problema y que, dentro de un Estado considerado garantista, no es posible que se siga apostando por un efficientismo penal, aplicando un retrogrado derecho penal de autor, propio de sistemas autoritarios y absolutistas en los que el individuo solo es un medio y no un fin.

Siendo necesario, por el contrario, que el Estado, como garante de los derechos constitucionalmente reconocidos a todos sus ciudadanos, emprenda un trabajo urgente y coordinado con las instituciones y dependencias públicas competentes para que adopten las acciones y estrategias suficientes tendientes a suprimir la cultura de estigmatización y rechazo, que la propia sociedad ejerce contra las personas que han sido sentenciadas, a fin de que la pena cumpla con su fin resocializador. Rescatando valores culturales sociales inclusivos, en los que todos aportemos a la verdadera reintegración de los ex privados de libertad, como entes funcionales, que pueden readaptarse a la comunidad y los más beneficioso acceder a oportunidades de desarrollo que los permita desenvolverse como todo ciudadano con derechos y obligaciones.

Sobre este punto, durante la entrevista en la Secretaría Nacional de Atención Integral a Personas Privadas de la Libertad y Adolescentes Infractores (SNAI), se informó que se encuentra trabajando para en el futuro implementar nuevos programas de reinserción social, como: 1) otorgar a exreclusos que cumplan ciertos requerimientos; créditos para emprendimiento en convenio con instituciones bancarias públicas, para lo cual estaba considerado principalmente Banecuador. 2) crear una bolsa de empleos para ex reclusos, pero que, sin duda, este sería el mayor desafío, debido a la falta de

oportunidades de empleo que existe en el país para personas que no se han visto involucradas en delitos; mucho más se complicaría con quienes tienen antecedentes penales. 3) como un proyecto novedoso, se contempla el trabajo agrícola que sería ejecutado por las personas privadas de libertad en tierras del Estado. Actividades productivas por las cuales reciban una remuneración adecuada, destinándose inclusive los productos a satisfacer las necesidades alimenticias de las propias cárceles.<sup>173</sup>

Pero mientras esto no suceda, la rehabilitación sea un rotundo fracaso y no exista una verdadera reinserción social ¿Por qué entonces los reincidentes deben ser los únicos que tienen que pagar por una sociedad que los discrimina y por un Estado que los excluye y olvida en el cierro? Pues elevar desproporcionadamente las penas, no solo es contradictorio con los derechos y garantías constitucionales reconocidas a sus habitantes; sino que es absolutamente injusto e inaceptable que esto suceda dentro de un Estado Constitucional de Derechos como lo es el nuestro, en el cual tanto la Constitución y el Código Orgánico Integral Penal, consagran a la reinserción social como una función de las penas y cuya concreción se halla pendiente. ¿Será acaso que la rehabilitación social es un mito y la reinserción social una utopía? Y que tristemente solo se han quedado en la teoría.

---

<sup>173</sup> Ibid.





## Conclusiones y recomendaciones

A través de la investigación realizada sobre el problema de la reincidencia y su conceptualización, se logró determinar, que el tratamiento jurídico otorgado a esta figura en el Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 57, como circunstancia agravante genérica de la pena, representa una imprecisión normativa que contradice en la práctica; derechos y garantías fundamentales reconocidos por la Constitución de la República e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, para limitar la potestad punitiva estatal al momento de enfrentar la criminalidad. Todo esto, por cuanto del estudio desde otros enfoques fundamentales como son la criminología y la sociología, se comprendió que la reincidencia, más que una institución jurídica como hasta ahora continúa siendo tratada por el del Derecho Penal, responde a un verdadero fenómeno, en el cual confluyen una serie de factores internos y externos de distinta índole con mayor o menor presencia de estos, y que desde un enfoque netamente jurídico no logran identificarse con claridad y mucho menos resolverse, garantizándose con el endurecimiento de la pena, solamente acentuar las condiciones de injusticia social que finalmente contribuyen a la recaída en el delito.

En lo referente al ámbito jurídico, se logró comprender que la reincidencia se contempla como la pluralidad de delitos cometidos por una misma persona que ha sido condenada mediante sentencia ejecutoriada anteriormente. Conceptualización que se concentra en la repetición de hechos delictivos, la identidad de la persona y sobre todo en la existencia de una condena precedente, como elementos sustanciales para la configuración y relevancia penal de esta institución, de la cual se derivan consecuencias jurídicas gravosas en la medida de la pena. Por ello, dentro de este contexto, se determinó que nuestro Derecho penal vigente, únicamente reconoce la reincidencia específica, por lo que procede solo ante el cometimiento de un nuevo delito idéntico al anterior, con los mismos elementos de tipicidad, dolo y culpa. Debiendo, por tanto, los operadores de justicia llevar a cabo una valoración entre el nuevo y anterior delito, a fin de verificar que responden a los mismos elementos señalados por la norma, para que surtan efectos jurídicos como circunstancia agravante. Presupuestos que, de comprobarse, conforme lo confirmaron los jueces penales entrevistados durante esta investigación, por principio de

legalidad, los obliga a imponer al reincidente, la pena máxima del delito de que se trate incrementada en un tercio, asegurándole largas penas de prisión.

Por otro lado, en base a un enfoque criminológico, se consiguió percibir que la reincidencia, no se limita a la repetición delictiva. Esta figura se extiende a un concepto más amplio como lo es la habitualidad; en la cual la tendencia a delinquir se desarrolla en la persona como una costumbre o hábito, debido a distintos factores que pueden ser: biológicos, psicológicos, sociales y penitenciarios. Situaciones que influyen en el hecho mismo de la recaída en el delito y que se desenvuelven en un determinado espacio de tiempo, llevándolo a la prisión una y otra vez. Por lo que, para la criminología, la reincidencia no es sino el reflejo del fracaso del sistema de rehabilitación social, debido a las pésimas condiciones que caracterizan a los centros carcelarios. Circunstancias de extrema violencia y de hacinamiento que se comprobaron en base a los datos otorgados por la autoridad del SNAI entrevistada no han logrado superarse en el sistema penitenciario ecuatoriano, imposibilitando en la práctica, que la pena cumpla su fin rehabilitador y reintegrador social conforme lo dispone el artículo 201 de la Constitución de la República, quedando este derecho de la persona privada de la libertad, en la teoría.

A partir de un contexto sociológico, se advierte que la reincidencia representa un fenómeno social que se construye por la interacción entre individuos y entornos en los que se desenvuelven la criminalidad. Condiciones que, fortalecidas con procesos de inequidad social y económica, de etiquetamiento al antisocial y las falencias de los sistemas de rehabilitación social, favorecen a la inclinación criminal de forma repetitiva, por cuanto las oportunidades del delincuente dentro de lo lícito, se muestran limitadas o nulas. Construcción criminal en la que tiene responsabilidad el Estado y la propia sociedad, debido a la ausencia de políticas que trabajen en el mejoramiento de las condiciones de injusticia social en las que muchas personas viven y que terminan por involucrarlos en el crimen. Es así como, según la información de fuentes doctrinarias analizadas y de los relatos de vida de las personas reincidentes participantes en este trabajo, se logró identificar que las principales causas que contribuyen positivamente al desarrollo de conductas reincidentes son: situaciones de pobreza extrema, falta de educación, desempleo, discriminación, adicciones, familia disfuncional, entre otras. Circunstancias que continúan siendo inobservadas por las autoridades y que de ningún modo se atienden o mitigan, con la pena de cárcel por más dura que esta llegue a ser.

De este modo, se demuestra que la punibilidad agravada de la reincidencia a instrumentalizado a esta institución para la maximización del Derecho Penal; lo cual, en

la práctica penal genera una vulneración de derechos y garantías básicas del debido proceso reconocidos constitucionalmente como: a) el derecho a la igualdad que prohíbe toda forma de discriminación por ciertos criterios estigmatizantes, entre ellos el *pasado judicial*. Sin embargo, en lo empírico el castigo agravado de la reincidencia, si representa una clara vulneración a la igualdad en su sentido material, ya que faculta al juez hacer una valoración de los antecedentes penales para determinar la medida de la pena del nuevo delito, que sin duda será más grave. Aplicándose así un tratamiento diferenciado negativo que empeora la situación jurídica del procesado ya que reactiva los efectos perjudiciales de una condena anterior, lo cual conlleva a un Derecho penal de autor, en el que se juzga a una persona por su personalidad e identidad; y no por sus actos, como lo requiere el Derecho penal de acto vigente; b) el principio *non bis ídem* como garantía fundamental de las personas ante la reacción excesiva del *ius puniendi*, el cual prohíbe que esta, sea juzgada y condenada dos veces por un mismo hecho; que, si bien es cierto como se expone en la jurisprudencia analizada, al sancionarse la reincidencia, no se realiza propiamente una investigación o nueva persecución de los actos ya juzgados. La circunstancia de agravación de la pena por reincidencia, conlleva a un nuevo sometimiento de la persona a una pena de un hecho pasado con sentencia ejecutoriada, desconociéndose en sentido estricto, los subprincipios de prohibición de doble punición y prohibición de doble valoración que componen al *non bis in ídem*, y que su vez lleva a vulnerar el principio de cosa juzgada; c) así también la presunción de inocencia, como garantía que no solo implica mantener el status de inocente durante el decurso de un proceso penal, sino que exige un tratamiento como tal, se advirtió que en el caso de las personas reincidentes, es vulnerada, ya que ante la presencia de antecedentes penales, el tratamiento que reciben estas personas por parte de los policías, las autoridades judiciales, los medios de comunicación y la misma sociedad, son de verdaderos culpables para quienes se exigen más y más penas de cárcel, minimizándose sus garantías, estigmatizándolos de por vida, y d) todo lo cual ha conllevado a fijar e imponer penas draconianas. Situación que desconoce al principio constitucional de proporcionalidad, por cuanto la medida jurídica no cumple con los presupuestos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto, representando un exceso punitivo el aumentar la pena de un nuevo hecho típico que debiere juzgarse de modo independiente, sin remitirse a hechos anteriores que ya fueron juzgados en su momento oportuno.

Tratamiento jurídico penal de la reincidencia que expone una intervención represiva del Estado sin límites, ante lo cual surgen interrogantes ¿cuándo terminará la

persona de pagar su pena? ¿Es acaso que los efectos negativos de una condena son perpetuos? De esta forma, se logró confirmar que el tratamiento agravado de la reincidencia, no ha contribuido de ningún modo a la prevención de este problema. Por el contrario, esta medida ha sido inútil para resolver el problema de la inseguridad, toda vez que su operatividad de forma muy generalizada no es compatible a los presupuestos de un Derecho penal garantista, exponiendo una terrible injusticia que fortalece procesos de exclusión de las más débiles, deslegitimando al régimen constitucional, que reconoce y garantiza la rehabilitación y reinserción social, como finalidades de la pena.

Es así como, considerando el aporte de la presente investigación para la comprensión de la reincidencia como un problema complejo, que no puede limitarse a una conceptualización jurídica. Se recomienda a las autoridades estatales, administrativas y jurisdiccionales, a los legisladores, profesionales y estudiantes de Derecho, emprender estudios multidisciplinarios y profundos sobre el tema, de tal forma que se le otorgue a esta problemática la importancia que amerita, promoviendo una atención adecuada en su integralidad y operatividad jurídica que asegure el respeto y cumplimiento de los derechos y garantías constitucionales.

Se recomienda a las autoridades del sistema de administración de justicia penal, levantar registros y estadísticas precisas sobre los casos de reincidencia que existen en el país a fin de que se cuente con datos actualizados que faciliten precisar la medida del problema y solo así lograr desarrollar políticas criminales más acertadas, que fortalezcan procesos restaurativos y alternativos de solución, que actúen sobre todos aquellos factores que lo producen y que no se solucionan con el simple incremento de penas.

Y finalmente, tomando en cuenta la importancia de la reinserción como eje trascendental para la concreción del finalidad de rehabilitación de la pena, que reconoce y garantiza la Constitución de la República a las personas privadas de la libertad, como personas incluso de atención prioritaria, se sugiere realizar investigación que lleven al mejoramiento de las políticas y programas de rehabilitación, pero sobre todo de reinserción social, de tal forma que se generen oportunidades efectivas de superación a quienes han cumplido una condena y recuperado su libertad. Programas en los que se involucre a si también, a toda la sociedad que necesariamente debe despojarse de estereotipos.

## Bibliografía

- Alcocer Pavis, Eduardo Giancarlos. «La Reincidencia como agravante de la pena. Consideraciones Dogmáticas y de Política criminal». Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, s. f.
- Álvarez Valdez, Jesús Elionary. «Análisis de la reincidencia delictiva en términos de las representaciones sociales prescriptivas.», *Cultura y representaciones sociales*, 11 (2017). [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2007-81102017000100220#fn1](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-81102017000100220#fn1).
- Araujo Granda, María Paulina. «El principio de estricta legalidad de Ferrajoli y la construcción e interpretación de leyes penales», 25 de enero de 2019.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar- Ecuador-Corporación MYL, 2013.
- Becker, Howard. *OUTSIDERS hacia una sociología de la desviación*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- Cadena Palacios, Raúl Ernesto. *El pasado Judicial una clara propuesta del populismo penal*. Quito: Urvio-Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana Nro.11, 2012.
- Cabrera-Paredes, Roger. «La reincidencia vulnera el “Non bis in ídem”». *Ciencia Amazónica (Iquitos)*, 2011.
- Coronado Franco, Fernando. "El problema penitenciario en México, abuso de la pena carcelaria". En Valle, Alfredo; *Seguridad pública, militarización y derechos humanos*, pp. 131-148. México, MX: Instituto de Estudios de la Revolución Democrática, 1997.
- Chávez Vargas, Jaime Raúl. «La justicia indígena: la reincidencia en los delitos contra la propiedad». Universidad Andina Simón Bolívar, 2016.
- Crespo, Eduardo Demetrio. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L, 2016.
- Del Valle, Alfredo. *El problema penitenciario en México, abuso de la pena carcelaria*. Seguridad pública, militarización y derechos humanos. México: Instituto de Estudios de la Revolución Democrática, 1997.
- Donna, Edgardo A. *Reincidencia y culpabilidad*. Buenos Aires: Astrea, 1984.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.

- García Falconi, José. "Reincidencia Penal". Derecho Ecuador, 28 de febrero de 2012. José García Falconi, "Reincidencia Penal", En: <https://www.derechoecuador.com/reincidencia-penal>.
- García, Luis M. Reincidencia y punibilidad. Buenos Aires: Astrea, 1992.
- Gargarella, Roberto. *El Derecho a la Igualdad, Aportes para un Constitucionalismo Igualitario*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.
- Garzón, Juan Carlos y Llorente, María Victoria. ¿Qué hacer con la reincidencia delictual? El problema y sus posibles soluciones. Bogotá: Fundación Ideas para la paz, 2018.
- Giannini, María Cristina. «La reincidencia y las carreras criminales». En *Derecho Penal y Modernidad*, editado por Luis Miguel Reina Alfarro, 513-30. Perú: ARA, 2010.
- Martínez de Zamora, Antonio. *La reincidencia*. España: Universidad de Murcia, 1971.
- Martínez Garnelo, Jesús. *La presunción de inocencia en Materia Penal ¿Principio, Garantía o Derecho Procesal?* México: Porrúa, 2013.
- Morillas Cueva, Lorenzo. *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*. España: Dykinson, 2016.
- ONU. *Prevención de la reincidencia y la Reintegración social de delincuentes*. New York: ONUDO- Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, 2013.
- Ossa López, María Fernanda. *La cárcel en Colombia. Espacio para la venganza y la reincidencia*. Colombia: Unaula, 2016.
- Ovejero Puente, Ana María. *Constitución y Derecho a la Presunción de Inocencia*. Valencia, 2006: Tirant lo blanch, 2006.
- Pérez Carrillo, Agustín. "Efectos y Causas del auge delictivo". En Valle, Alfredo del; *Seguridad pública, militarización y derechos humanos*, pp. 57-66. México, MX: Instituto de Estudios de la Revolución Democrática, 1997.
- Quinchuela Villacis, Carlos. "Sistema Penal Adversarial o Acusatorio". Derecho Ecuador, 13 de junio de 2017. <https://www.derechoecuador.com/sistema-penal-adversarial-o-acusatorio>.
- Sanguino Cuéllar, Kenny Dave, y Eudith Milady Baene Angarita. «La resocialización del individuo como función de la pena.» *Revista Academia & Derecho* 12, 2016.
- Sanz, Marina. Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales. Especial referencia a la delincuencia patrimonial. España: Estudios Penales y Criminológicos, 2013.
- Solimine, Marcelo A. *Excarcelación*. Revista de Derecho Procesal Penal. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005.

Veintimilla Ortega, Luis Emilio. «Valoración de la aplicación de la reincidencia en los delitos que tienen los mismos elementos de tipicidad de dolo y culpa.» Tesis de Maestría, Universidad Regional Autónoma de los Andes, sede Ecuador, 2016. Disponible en <http://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/5403>.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Primera. Lima: Ediar, 1990.

———. Reincidencia. En E.R. Zaffaroni, hacia un realismo jurídico penal marginal, pp.117-131. Caracas: Monte Ávila Editores, 1992. Disponible en <http://www.itecrs.org/artigos/dpenal/z1.pdf>.

———. *La cuestión criminal*. Bogotá: CO: Ibáñez, 2013.

### **Normativa.**

Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José de Costa Rica) (18 de julio de 1978).

Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador* [2008]. [Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización.

Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial, Suplemento 147, 22 de enero de 1971.

Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal, COIP*. Registro Oficial, Suplemento, No. 180, 10 de febrero de 2014.

ONU Asamblea General. *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (10 de diciembre de 1948).

———. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (23 de marzo de 1976). En <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1966>.

### **Jurisprudencia**

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-181-16, No. Expediente D-10946 (13 de abril de 2016).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fermín Ramírez vs Guatemala. Sentencia de 20 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas) (20 de junio de 2005).

———. Caso Gangaram Panday Vs. Surinam (21 de enero de 1994).